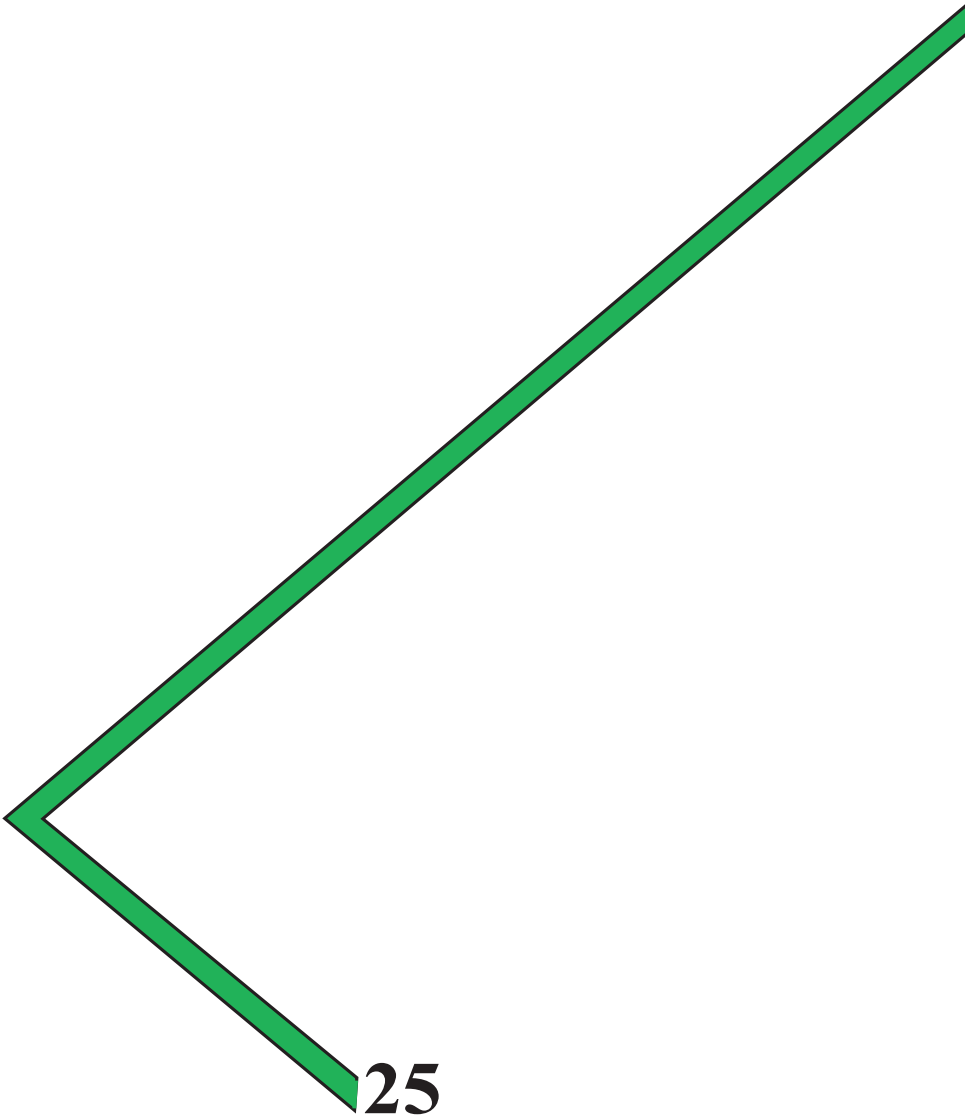


CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portal/doxa

Índice

- Presentación
- Alessandro Barata
  - Paolo Becchi. Alessandro Baratta (1933-2002). In memoriam
- Problemas de filosofía y política
  - Martín D. Farrell. Rawls, el criterio maximin y la utilidad promedio
  - Paolo Becchi. La ética en la era de la técnica. Elementos para una crítica a Karl-Otto Apel y Hans Jonas
  - Rafael Alcácer Guirao. Prevención y garantías: conflicto y síntesis
  - Antonio-Enrique Pérez Luño. Ciudadanía y definiciones
  - Xacobe Bastida Freixedo. Otra vuelta de tuerca. El patriotismo constitucional español y sus miserias
  - Rex Martin. Obligación política: algunos problemas y un intento de solución
- Sobre el positivismo jurídico
  - Liborio Hierro. ¿Por qué ser positivista?
  - Tom Campbell. El sentido del positivismo jurídico
  - Luis Manuel Sánchez Fernández. Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación
- Artículos
  - Ulises Schmill O. El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia
  - Isabel Lifante Vidal. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica
  - María Inés Pazos. Derrotabilidad sin indeterminación
  - Victoria Roca Pérez. ¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)
  - Enrique P. Haba. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)
  - Gunther Teubner. El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho
  - Guillermo Lariguet. Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico
  - François Ost. Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico
- Notas
  - José Juan Moreso. Cuestiones persistentes y microteorías
  - Ricardo Víctor Guarinoni. De lo que no hay. La inexistencia jurídica
  - Andrea Greppi. Razones para seguir reglas. Observaciones sobre Practical Rules de A.H. Goldman
  - Rubén Ortega Cotarelo. Las comunidades primarias y el libre desarrollo de la personalidad
  - César Arjona. Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller
  - Carlos Cossio. Correspondencia con Juan Ramón Capella
- Entrevista
  - Miguel Ángel Rodilla. Entrevista a José Delgado Pinto

- Bibliografía
  - Hugo Ortiz (coord). La filosofía del Derecho en España (2001)

P R E S E N T A C I Ó N

Alessandro Baratta fue un gran teórico social que se tomó en serio la famosa frase de Radbruch: "lo que necesitamos no es un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal". Paolo Becchi, en la nota dedicada a la memoria de Baratta con que se abre este número 25 de DOXA, presenta una biografía intelectual del que fue su maestro poniendo el acento tanto en sus aportaciones a la sociología del Derecho penal como a la filosofía del Derecho. En el primer campo, la influencia de Baratta, a través de su propuesta y elaboración de una criminología crítica y de un Derecho penal mínimo, ha sido verdaderamente enorme. Pero Baratta fue también un destacado filósofo del Derecho, y a la filosofía del Derecho volvió -como Becchi lo señala- en los últimos años de su vida, a través de la temática de los derechos humanos. Nadie que haya conocido a Sandro pudo sentirse indiferente ante su simpatía, su vitalidad, su inteligencia y su grado de compromiso en la lucha contra la injusticia.

La primera de las secciones monográficas del número, ***Problemas de filosofía moral y política****, arranca con un trabajo de Martín D. Farrell dedicado a estudiar un importante aspecto de la obra de John Rawls, el gran filósofo de la moral y de la política desaparecido también en 2002. Las críticas que Farrell le dirige (en* Rawls, el criterio maximin y la utilidad promedio*) se pueden sintetizar en estas dos objeciones: 1) es cuestionable la suposición de Rawls de que en la posición originaria las partes aplicarían el criterio maximin para arribar a los principios de la justicia; 2) no está claro que el principio de diferencia, como piensa Rawls, sea superior al principio de la utilidad promedio. Farrell presenta su propia versión del principio de la utilidad promedio que, en su opinión, puede competir con éxito con el de la diferencia. Y aclara que su pretensión no es proporcionar*

un argumento decisivo en contra del principio de diferencia, sino "mostrar la debilidad de algunos argumentos de Rawls y realzar el atractivo del criterio utilitarista"

En La ética en la era de la técnica. Elementos para una crítica a Karl-Otto Apel y Hans Jonas*, Paolo Becchi analiza críticamente otras dos importantes direcciones de la teoría ética en los últimos tiempos. En su opinión, Heidegger, "el más grande filósofo de nuestro siglo [o sea, del siglo XX]", habría hecho visible el peligro -y la génesis del mismo- que surge cuando -en la época moderna- la técnica no está ya subordinada a la naturaleza, sino que esta última es más bien "un objeto para someter a nuestro dominio". La superación de Heidegger, el intento de mostrar el componente práctico de una filosofía de la técnica, habría que buscarlo en las obras de Apel y de Jonas. Sin embargo, Becchi considera que ambos intentos (entre sí muy distintos) son susceptibles de una misma objeción: Apel extiende el principio de la fundamentación filosófica al principio ético-normativo, pero su fundamentación intelectualista alcanzaría a justificar las reglas de habilidad o de prudencia, no las propiamente morales; y en la teoría de Jonas, la falta de distinción entre la* praxis *y la* póiesis *hace que no pueda alcanzar tampoco el nivel de la incondicionalidad del imperativo categórico, esto es, el de la obligatoriedad moral.*

El trabajo de Rafael Alcácer Guirao, Prevención y garantías: conflicto y síntesis*, comienza planteando lo que él llama "el dilema del Derecho penal": la pena se legitima porque protege la libertad de los ciudadanos, pero la imposición de la pena es una agresión a la libertad. Surge así un conflicto entre dos posibles fundamentaciones de la pena : una basada en la idea de prevención y que se corresponde con la tradición utilitarista de la ética que aspira a maximizar el bienestar de la colectividad y a justificar así el limitar la libertad de individuos concretos; y otra que reposa en la idea de garantía, enmarcada en la moral kantiana que da prioridad a la libertad individual frente a las aspiraciones al bien común. Alcácer expone las diversas concepciones que, a propósito de ese conflicto, pueden encontrarse en el Derecho penal contemporáneo. Y concluye sosteniendo una concepción de la culpabilidad que responda a "una ponderación sintética de las dos direcciones enfrentadas: necesidad preventiva y garantía individual limitadora".*

El trabajo de Antonio-Enrique Pérez Luño, Ciudadanía y definiciones*, se dirige a precisar el significado y alcance de la noción de ciudadanía desde la perspectiva de una teoría de los derechos fundamentales. Con ese propósito esclarecedor, Pérez Luño construye un "mapa lingüístico" de las diversas definiciones lexicales de "ciudadanía", y lleva a cabo también una indagación explicativa tendente a establecer el significado de ese concep-*

to desde una doble aproximación: sistemática e histórica. La conclusión a la que le lleva su análisis es la conveniencia de manejar una noción de "ciudadanía multilateral", entendida no sólo como "la posibilidad de ser titular simultáneamente de varias ciudadanías", sino también como "la posibilidad de ejercerlas con mayor o menor intensidad según los sentimientos de cada ciudadano hacia cada una de estas comunidades políticas". En su opinión, esta definición explicativa no es una propuesta conceptual de contornos nebulosos, sino "un método integrador para la articulación de modalidades de ciudadanía que ya se hallan consolidadas".

El artículo de Xacobe Bastida, Otra vuelta de tuerca. El patriotismo constitucional español y sus miserias *se conecta en parte con el de Pérez Luño, pero el de Bastida pretende, como lo señala ya en la primera línea, "denunciar una impostura". Lo que considera impostura es el "patriotismo constitucional* español*" que cabe encontrar en el discurso político y académico en España y que, en su opinión, "no tiene nada que ver con el patriotismo constitucional en su formulación habermasiana". La postura de Bastida es que "la construcción de Habermas bien pudiera tener acomodo en la realidad política -no en la jurídica- del Estado español, siempre y cuando se reconociese el derecho de autodeterminación, que es precisamente lo que se trata de evitar con el patriotismo de la constitución en su versión castiza".*

Finalmente, Rex Martín, en Obligación política: Algunos problemas y un intento de solución*, aborda la cuestión de si existen razones justificadas para obedecer el Derecho. Martín critica a las teorías estándar que tratan de establecer "razones morales" para la obligación política y sólo consideran morales aquellas que "obligan a todas las personas en todo tiempo y lugar a obedecer todas las disposiciones jurídicas de su país". En su opinión, ese enfoque debe sustituirse por otro basado en la noción de obligación especial en relación con las disposiciones jurídicas en cuanto tales. En las últimas páginas muestra un ejemplo de cómo funcionaría su propuesta en relación con un sistema político que contenga las nociones de derechos constitucionales fundamentales y procedimiento democrático .*

La segunda sección monográfica, ***Sobre el positivismo jurídico****, se abre con un artículo de Liborio Hierro,* ¿Por qué ser positivista*. Hierro caracteriza al positivismo jurídico a partir de tres tesis: la de las fuentes sociales del Derecho, la de la identificación objetiva del Derecho y la de la separación entre el Derecho y la moral, y considera que esta última constituye, en realidad, la base de las otras dos. La "gran virtualidad" de la tesis de la separación no estriba, en su opinión, "ni sólo ni principalmente, en la dudosa posibilidad de construir una Ciencia del Derecho meramente descriptiva y libre de valoraciones, sino en la posibilidad de mantener un punto de vista*

moral frente al Derecho positivo libre de determinaciones fácticas". La respuesta a la pregunta que da título a su artículo es que uno debe adherirse al "positivismo metodológico" por razones éticas (lo que diferencia de alguna manera su postura de la de Scarpelli quien, hace ya algunas décadas, sostuvo la adhesión ética al "positivismo como teoría").

La tesis de Hierro está estrechamente conectada con lo que defiende Tom Campbell en El sentido del positivismo jurídico*. En opinión de este último, el positivismo jurídico no debe verse básicamente como una teoría analítica, descriptiva y explicativa del Derecho, sino más bien como una teoría normativa que trata de determinar "qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino de su forma". El sentido del positivismo jurídico -del "positivismo ético"- consiste en considerarlo como "una teoría que recomienda que creamos y sostengamos sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique, se siga y aplique sin recurrir a las opiniones morales de aquellos envueltos en este proceso".*

*Luis Manuel Sánchez Fernández (*Ironías, falacias, perversiones, enigmas. Sobre el positivismo y la tesis de la separación*) parte de una caracterización del positivismo jurídico semejante a la de los dos anteriores autores, pero no adhiere a ningún tipo de positivismo jurídico, sino que, más bien, su trabajo está dirigido a señalar las críticas que el autor cree encontrar en esa concepción del Derecho. Afirma así que el positivismo incurre en la "falacia" de "pretender que se puede dar una imagen puramente descriptiva del Derecho"; que no constituye "por sí mismo garantía de legalidad democrática ni menos de seguridad jurídica"; y que no tiene, "porque no es epistemológicamente apto para ello", una teoría de la argumentación judicial.*

El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia *es el título del trabajo de Ulises Schmill que abre la sección de* ***Artículos****. Su idea central es la de reivindicar el modelo del mandato usado por Hobbes, Bentham y Austin, y criticado por Hart, como una manera adecuada de dar cuenta de las normas jurídicas y de los principales conceptos básicos del Derecho. Para ello, parte de una sencilla esquematización del mandato, que distingue entre el acto de mandar y el significado o "sentido normativo" de dicho acto, y reconstruye -con ayuda de un aparato formal y analizando las* implicaturas *(en el sentido de Grice) del modelo- los conceptos desarrollados por Kelsen en la* nomodinámica *y la* nomoestática *jurídica. Puesto que la principal crítica al modelo del mandato radica en la dificultad de dar cuenta de las normas de competencia, Schmill trata de reconstruir este tipo de reglas a través de las de mandato: según él, las normas de competencia son normas de mandato, de carácter facultativo, cuyo contenido es el acto de creación de otra norma (que pueden determinar parcial o completamen-*

te). A partir de ahí (de los conceptos de norma de competencia y, en particular, de facultad), analiza también las nociones de derecho fundamental, nulidad, derogación, nulificación y derrotabilidad.

En Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Isabel Lifante estudia los conceptos que subyacen a la caracterización usual del fenómeno de la discrecionalidad jurídica: libertad, indeterminación del Derecho y poder. En su opinión, cada uno de ellos puede ser entendido de dos maneras distintas y, si se combinan esos diversos sentidos, surgen dos conceptos muy distintos de "discrecionalidad jurídica". Mientras que el primero hace referencia a un efecto colateral de la existencia de normas, a un fenómeno periférico al ejercicio de la autoridad, el segundo apunta a un modo de conferir poderes para que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones realizadas a la luz de las circunstancias de los casos concretos. Lifante considera que, en este último sentido, la discrecionalidad es un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores.*

*María Inés Pazos toma como punto de partida de su trabajo (*Derrotabilidad sin indeterminación*) la noción de derrotabilidad que ya apuntó Hart en* The Adscription of Responsibility and Rights*. De acuerdo con esta noción, la derrotabilidad dependería de la existencia de significados respecto de los cuales no se pueden formular condiciones de aplicación necesarias y suficientes. Sin embargo, este sentido de derrotabilidad no debería confundirse con la indeterminación semántica (de ahí que el trabajo pretenda ser una crítica a lo que María Inés Pazos considera la concepción mas extendida de la derrotabilidad). Un enunciado sería derrotable cuando tiene la forma (o es equivalente a uno que tiene la forma) "Los A son B" y al mismo tiempo se cumplen dos condiciones: (1) Los A son normalmente B y (2) existe al menos un hecho D que, cuando ocurre en conjunción con A, excluye B. Esta definición de derrotabilidad -a la que llama "genuina derrotabilidad"- no implica indeterminación sino que, por el contrario, presupone la determinación de las excepciones. La otra noción -más amplia- de derrotabilidad se refiere a los casos de enunciados y normas con excepciones indeterminadas.*

¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial) *es el título de trabajo de Victoria Roca dedicado a estudiar las relaciones entre los conceptos de deber jurídico, pretensión justificativa del Derecho y fuentes del Derecho. Roca parte del análisis de Carlos Nino del concepto de validez jurídica y señala las insuficiencias en las que, a su juicio, incurren las reconstrucciones del concepto de deber jurídico que*

no consideran que la pretensión justificativa del Derecho sólo se satisface en la medida en que éste tenga una conexión con la moral. En su opinión, dado que la normatividad del Derecho sólo se comprende a partir de esa conexión, resulta plausible sostener –como hizo Radbruch- que las fuentes formales deben ser completadas con un cláusula que descalifique como normas jurídicas del sistema los casos de normas extremadamente injustas.

Tras haber criticado en diversos trabajos –varios de ellos publicados en DOXA- las corrientes ("ilusionistas") dominantes en la actual teoría del Derecho, Enrique Haba defiende en su nuevo artículo, Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como una alternativa práctica al discurso normativista de los jueces) *una alternativa de realismo crítico. Su propuesta se descompone en cuatro fases: 1) trazar el mapa de las interpretaciones* posibles *según los textos y que sea "de recibo" para la doctrina (momento lingüístico-dogmático); 2) reconstruir esas interpretaciones extrayendo su verdadera "gramática" y depurando sus defectos y "trampas": indeterminaciones, esencialismos y confusiones conceptuales, falacias implícitas, precomprensiones ocultas, sustrato ideológico, efecto emotivo... (momento analítico-crítico); 3) determinar (decidir) el objetivo* práctico *(fines y valores) del precepto (momento axiológico-teleológico); y 4) escoger la interpretación* de hecho *más eficaz para ese objetivo (momento empírico-instrumental). Según Haba, sólo esa metodología permite que el juez asuma su responsabilidad tanto intelectual como social y moral, pues el juez no puede lavarse las manos alegando que es el Derecho quien le impone la solución que dicta.*

El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho*, de Gunther Teubner, es un intento de mostrar que la sociología del Derecho europea (en especial, teorías como las de Habermas, Foucault y Luhmann) puede ofrecer alternativas a la dicotomía tradicional entre realismo e idealismo epistemológico y entre individualismo y colectivismo metodológico. Teubner se refiere con ello a una reorientación radical de la teoría sociológica que reemplaza el realismo epistemológico por un constructivismo epistemológico, con lo que "los actores del individualismo metodológico son reemplazados por constructos como el discurso, la auto-reflexión y la auto-organización". En el ámbito del Derecho, esta nueva perspectiva rechaza la "ingenua suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad". En su lugar, Teubner defiende tres tesis: 1) El Derecho no se refiere a una realidad social situada "ahí fuera", sino que construye su propia realidad social. 2) "[N]o son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural [sino que]... es el Derecho el que, como proceso comu-*

nicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas". 3) Dado que la sociedad moderna se caracteriza por fragmentarse en diversas epistemes *que se interfieren recíprocamente, el discurso jurídico se ve envuelto en una verdadera "trampa epistémica"; la existencia, de manera simultánea, de relaciones de dependencia e independencia con respecto a los otros discursos sociales es la razón por la cual "el Derecho moderno está permanentemente oscilando entre posiciones de autonomía y heteronomía cognitiva".*

Guillermo Lariguet, en Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico*, discute el papel de las teorías jurídicas en la delimitación de los casos y de las normas aplicables a los mismos. Se trata de qué manera afecta a la aplicación del Derecho cuestiones del tipo de cómo interpretar los términos y los conceptos de los supuestos de hecho de las normas o de si las condiciones de aplicación de una norma deben interpretarse como condiciones suficientes o necesarias. Para responder a estas cuestiones se formulan teorías jurídicas que tienen una importante relevancia práctica, pero que pueden entrar en conflicto entre sí (si surgen desacuerdos entre juristas). Con este planteamiento, Guillermo Lariguet se propone dos objetivos: estudiar las relaciones entre sistemas normativos y sistemas teóricos; y analizar la tensión que el recurso a estas teorías plantea entre la idea de autonomía y la de unidad tanto en el nivel conceptual como en el de los sistemas normativos. Su tesis sobre este último punto es que puede mostrarse que los conflictos posibles entre autonomía y unidad en el ámbito del conocimiento jurídico están fuertemente relacionados con los conflictos que se plantean en el ámbito de los sistemas normativos.*

Finalmente, en Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico*, François Ost analiza la evolución de la institución del contrato desde el prisma de su relación con el tiempo (el contrato como un futuro anticipado y comprometido). El mito de Fausto, que vende su alma al diablo de una vez y para siempre, ilustraría en su extremo el paradigma clásico, formalista y voluntarista, del contrato: alienación al más fuerte (más que instrumento de colaboración), y atemporalidad, por su carácter a la vez instantáneo (la negociación previa es jurídicamente irrelevante, la clave es el acto del consentimiento) y eterno (inmutabilidad del contrato pese al cambio de circunstancias). Hoy, sin embargo, el contrato presenta una temporalidad más flexible, evolutiva y solidaria: relevancia de la formación progresiva del acuerdo, adaptación de la literalidad a cambios sobrevenidos, preservación de relaciones de confianza continuadas... Precisamente, frente al "tiempo fáustico", Ost defiende "un tiempo neguentrópico de alianza abierta y evolutiva entre compañeros; algo parecido a una buena fe compartida".*

Cuestiones persistentes y microteorías *es el título del trabajo de José Juan Moreso con el que se inicia la sección de* **Notas** *y que viene a ser la contribución del autor a una mesa redonda sobre "Los nuevos rumbos de la filosofía del Derecho". Entre las "cuestiones persistentes" de las que debe ocuparse la filosofía del Derecho, Moreso señala las que se enmarcan en la actual discusión que ha generado el positivismo hartiano. Pero llama la atención también sobre la importancia de elaborar teorías regionales -"microteorías"- que sirvan "como un banco de prueba de nuestros presupuestos más básicos". Y anima, en fin, a no "renunciar a la precisión y al rigor que ha alcanzado la filosofía analítica", aunque considera también como una obligación profesional la de "construir una filosofía del Derecho* habitable *para las preocupaciones que como seres humanos nos esperan".*

El trabajo que le sigue, De lo que no hay.-La inexistencia jurídica*, constituye en cierto modo una aplicación de lo anterior. Ricardo Guarinoni parte de la importancia de un uso crítico del lenguaje, para poder dar cuenta de problemas como la discusión que tiene lugar entre los civilistas acerca de la "teoría del acto inexistente". Muestra así que la teoría sólo cobra sentido si se conecta con el concepto de normas que confieren poder. Señala las dificultades lógicas y filosóficas que acompañan a la noción de existencia. Pone de manifiesto el uso ideológico que los teóricos del Derecho hacen de esa figura (introducen elementos valorativos en forma pretendidamente descriptiva, y a partir de ahí infieren conclusiones teóricas y prácticas). Y concluye postulando la conveniencia de "describir los actos pretendidamente inexistentes como sujetos a nulidad, o no pertenecientes a la clase de que se trata".*

*Tomando como hilo conductor el comentario de un libro reciente de Alan H. Goldman, Andrea Greppi (*Razones para seguir reglas. Observaciones sobre *Practical Rules* de A.H. Goldman*) distingue las reglas en sentido estricto de otros tipos de normas y analiza con detenimiento la cuestión de si existen razones que justifican la adopción y el seguimiento de reglas. Greppi sostiene con énfasis la tesis de que el Derecho del mundo contemporáneo es básicamente un Derecho de reglas, esto es, el Derecho expresa el acuerdo sobre la inderogabilidad de algunas normas "que* tienen que valer *incluso a pesar de la aparición de razones nuevas" y fundamenta su afirmación, en último término, en la idea de que "no disponemos de ningún instrumento mejor que las reglas para poner freno al poder". Como se ve, un planteamiento enteramente afín al del positivismo jurídico defendido por Hierro o por Campbell en los trabajos que integran este mismo número de DOXA.*

En Las comunidades primarias y el libre desarrollo de la personalidad*, Rubén Ortega Cotarelo parte de una reciente obra de MacIntyre,* Animales

racionales y dependientes*, para hacer una presentación de conjunto de la obra del filósofo estadounidense. Ortega Cotarelo resalta la impropiedad de etiquetarlo como un autor comunitarista: "lo que separa a MacIntyre de los liberales es tanto como lo que le separa de los comunitaristas". Y valora de manera muy positiva la filosofía de Macintyre, aunque no deja de dirigirle algunas críticas por el carácter "simplista" de su descripción de los Estados occidentales y su tendencia a centrarse exclusivamente en los aspectos negativos de los sistemas democráticos, lo que le impide "entrever todas sus virtualidades así como descubrir posibilidades ocultas de regeneración".*

La reciente publicación de una serie de ensayos de otro autor estadounidense, Lon L. Fuller, es lo que motiva la nota de César Arjona que se publica a continuación. A diferencia de lo que suele ser más usual en los estudios sobre Fuller, Arjona (en Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*) se ocupa centralmente no de las relaciones del autor estadounidense con el positivismo analítico (el debate Hart-Fuller), sino con el instrumentalismo pragmático. Arjona destaca dos tesis que cabe encontrar en* The Principles of Social Order*: la relación entre los medios y los fines concebida como una relación dialéctica; y la existencia de una pluralidad de procesos para la consecución de fines sociales. E identifica tres aspectos que, en su opinión, constituyen la "herencia esencial" de Fuller: un uso sofisticado de la metodología instrumentalista; una ruptura de los límites de la juridicidad; y la idea de que el fin forma parte del mismo Derecho.*

La sección de ***Notas*** *se cierra con dos cartas de Carlos Cossio a Juan Ramón Capella, fechadas, respectivamente, en enero de 1972 y agosto de 1973. La primera es una (auto)biografía intelectual de Cossio destinada a proporcionar los materiales de una biografía del jurista argentino que Capella no llegó a escribir. La segunda tiene el interés de que en ella Cossio barrunta la tragedia que se cernía sobre Argentina.*

La ***Entrevista*** *que Miguel Ángel Rodilla le hace a José Delgado Pinto debería ser de lectura obligada para los filósofos del Derecho españoles, especialmente los más jóvenes. Dando pruebas de un admirable buen talante, un aquilatado sentido de la objetividad y un espíritu crítico y autocrítico que dice la verdad procurando al mismo tiempo no herir con ella, Delgado Pinto contesta a una serie de cuestiones que se organizan esencialmente en torno a tres bloques temáticos: los avatares de la filosofía del Derecho en España durante las cuatro últimas décadas; el papel del yusnaturalismo y del positivismo jurídico en la filosofía del Derecho; y la situación actual de nuestra disciplina, en el contexto español y en el internacional. No nos resistimos a recoger la recomendación que, al final de la entrevista , dirige*

"a quien se inicia en nuestra disciplina" (y que, al menos indirectamente, tiene también como destinatarios a los editores de una revista que ha publicado ya varios miles de páginas de material iusfilosófico): "que, en la medida en que se lo permita el sistema de promoción del profesorado, no publique demasiado".

Finalmente, la bibliografía sobre la filosofía del derecho en España en el año 2001 ha sido coordinada en esta ocasión por Hugo Ortiz. El lector podrá consultarla en http://cervantesvirtual.com/portal/doxa

A L E S S A N D R O B A R A T T A

ALESSANDRO BARATTA (1933-2002) *IN MEMORIAM*

Paolo Becchi
Universidad de Génova

Después de una larga enfermedad, en la que a fases críticas seguían momentos de sorprendente recuperación, el 25 de mayo de 2002 murió en Homburg (Sarre) Alessandro Baratta, desde hacía poco (octubre de 2001) profesor emérito de Sociología del Derecho y Filosofía Social en la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad del Sarre (Alemania). Baratta nació en Roma el 6 octubre del 1933, en una familia de músicos; y allí estudió ciencias jurídicas y filosofía bajo la guía de Widar Cesarini Sforza, Emilio Betti, Tulio Ascarelli y Carlo Antoni. Se doctoró en 1957 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma ("La Sapienza") con una tesis en filosofía del Derecho dirigida por Cesarini Sforza y titulada *Il pensiero filosofico-giuridico di Gustav Radbruch*.

Precisamente a Radbruch y a Cesarini Sforza están dedicados algunos de sus primeros trabajos, entre ellos: "Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs", publicado en 1959 en el *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, y "Tra idealismo e realismo. A proposito della filosofia del diritto de Widar Cesarini Sforza", publicado en 1965 en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.

Fueron los años en que en Alemania bullía el debate sobre la llamada "*Natur der Sache*", bien conocido también en los países de lengua española gracias a una sólida contribución de Ernesto Garzón Valdés. Precisamente en Saarbrücken, en octubre de 1957, se celebró sobre el mismo un importante congreso de la *Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie* (IVR), en el cual, entre otros, intervino Norberto Bobbio con un informe puntual, y en el que el joven Baratta debutó sobre la escena de la filosofía del Derecho presentando a los estudiosos italianos una amplia reseña al respecto: "Natura del fatto e diritto naturale" (publicada en la *Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto* en 1959). En particular, Baratta se centró en las dos posiciones, la de Radbruch y la de Maihofer, alrededor de

las cuales el debate iba cristalizándose. A una concepción objetivista-naturalista y a la recuperación de las tendencias iusnaturalistas en la inmediata posguerra, de las cuales el debate sobre la "naturaleza de la cosa" era la más reciente expresión, Baratta contrapuso la peculiar perspectiva del idealismo italiano que él había asimilado de su maestro: un idealismo que, como bien subrayó, no raramente se conjugaba con temáticas realistas, por lo cual lo definió como "idealismo realista".

Los estudios sobre esta tendencia de la filosofía del derecho alemana encuentran su coronamiento en un libro de 1968, *Natura del fatto e giustizia materiale*. Pero en los años anteriores ya habían aparecido los dos primeros libros de Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofía e alla critica del diritto penale* (1963) y *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici ed ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933* (1966), en los cuales ya se encamina al ámbito específico del Derecho, el Derecho penal, que se convertirá con el pasar de los años en el objeto principal de su consideración crítica.

El primero de estos ensayos se ocupó del problema de los conflictos de deberes y del estado de necesidad en la historia de la experiencia jurídica alemana: un problema que en Alemania se presentó en toda una serie de procesos de la posguerra contra médicos y jueces del Tercer Reich, pero que Baratta analiza a partir del período que precede y prepara la revuelta autoritaria de 1933. Examinando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales de la República de Weimar, Baratta identifica las señales de una involución en el sentido de una eticización de los conceptos jurídicos (el paso del Derecho penal de la acción a un Derecho penal de autor; la valoración subjetiva del juez, que podía disponer de la *Güterabwägung* y del concepto de inexigibilidad para dar soluciones suprapositivas a los conflictos de deberes), que tiene como resultado la superación del principio de legalidad formal y la confusión de los límites entre Derecho y moral.

En el segundo ensayo, que es complementario al primero, analiza la historia del pensamiento penal alemán en las tres décadas que preceden a la llegada de la dictadura nacional-socialista, con la intención de poner seriamente en duda la responsabilidad del positivismo jurídico en la degeneración autoritaria de la organización jurídica alemana. En realidad, tal degeneración no hacía otra cosa que llevar a sus extremas consecuencias la crisis del positivismo jurídico que fue madurada en la dogmática alemana en el período weimariano. Este ensayo de 1966 también fue interesante bajo el perfil específicamente filosófico-jurídico, puesto que entraba en las discusiones suscitadas por los dos libros (publicados en el mismo año, en 1965),

Giusnaturalismo e positivismo giuridico y *Cos'è il positivismo giuridico*, de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, respectivamente.

Múltiples son los escritos de Baratta estrictamente filosófico-jurídicos y de teoría del Derecho penal publicados en lengua italiana y/o alemana entre 1959 y 1974. Él debió ser bien consciente de su importancia incluso cuando sus intereses se desplazaron hacia la sociología del Derecho (y en particular la sociología jurídico-penal), pues decidió recoger los que le parecieron más significativos en un amplio volumen, publicado en 1985 solamente en alemán (y que, quizás por esto, no ha suscitado la atención que de otro modo habría tenido): *Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959-1974*.

En efecto, este libro contiene casi todas sus contribuciones filosófico-jurídicas y de teoría del Derecho penal relevantes, pero con la excepción (sin embargo destacada) de algunas investigaciones en torno a un tema clásico de la filosofía del Derecho: el del significado de la distinción entre ser y deber ser. Estos ultimos trabajos, recogidos en 1968 en un librito titulado *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, fueron preparados originalmente para el Congreso Internacional de Filósofos del Derecho que tuvo lugar en Gardone Riviera (Milán) en septiembre de 1967. En marzo de ese año, en Turín, por iniciativa de Uberto Scarpelli, y con el objetivo de proveer un material de discusión a Norberto Bobbio, invitado a pronunciar la conferencia inaugural de aquel congreso, se reunieron algunos iusfilósofos de la nueva generación: fue el primero de los conocidos como Seminarios de San Giuseppe, que el "círculo analítico" de filósofos del Derecho italianos decidió celebrar con regularidad cada 19 de marzo, día de San José, aunque la iniciativa tuvo una vida breve. A Giovanni Tarello le fue confiada la tarea de preparar un *working paper*, y Alessandro Baratta, aunque procedía de una orientación filosófica como la de Cesarini Sforza que no era reconducible a la analítica, fue invitado a participar. Unos años después, en 1971, es Baratta (junto con Luigi Ferrajoli) quien organiza un congreso en Camerino, con el propósito de retomar el espíritu de los encuentros de San Giuseppe y con la intención inmediata de discutir el trabajo que Giovanni Tarello había preparado para su ponencia en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho que se habría de celebrar en Bruselas entre fines de agosto y principios de septiembre de aquel año.

Reconociendo un diferente acento en los intereses de estos dos filósofos del Derecho (que desde sus años juveniles permanecieron unidos por una profunda amistad), se puede decir que, mientras que Tarello se interesó sobre todo por el problema de la interpretación de los enunciados normativos, Baratta (en esto quizás influido también por Arthur Kaufmann) se sintió atraído principalmente por la construcción jurídica de los supuestos de he-

cho concretos, de cara a su subsunción en los supuestos de hecho abstractos previstos por los enunciados normativos. Por otro lado, lo que más los unió fue el hecho de que ambos, ya desde el inicio de sus carreras, hicieron objeto de sus estudios las operaciones reales llevadas a cabo por los juristas en los sectores del Derecho distintos a los que cada uno había dirigido su atención: el Derecho penal para Baratta y el Derecho civil y sindical para Tarello.

Junto a la rica producción científica de aquellos años señalaré aquí los datos esenciales de la rápida carrera académica de Baratta. Pasó largas estancias de estudio (de 1956 a 1963) sobre todo en Freiburg (i. Br.), primero como becario de la Alexander von Humboldt-Stiftung en el Institut für Rechtsphilosophie und evangelisches Kirchenrecht, dirigido por Erik Wolf, y luego como asistente en el Institut für aüslandisches und internationales Strafrecht (más tarde Max-Planck Institut), dirigido por Hans Heinrich Jescheck (a quien, en recuerdo de aquellos años, dedicó su colección de ensayos en alemán). En Freiburg Baratta siguió cultivando, además, intereses específicamente filosóficos, participando en particular en los seminarios de Eugen Fink.

De entonces data su primera conferencia importante, pronunciada en el verano de 1962 en Saarbrücken, con el título *Juristische Analogie und Natur der Sache*, que por su originalidad le valió el amplio y público reconocimiento por parte de Arthur Kaufmann, pero que Baratta sólo publicó mucho tiempo después, en 1972, en un libro de homenaje a Erik Wolf.

En 1963 consiguió la habilitación para impartir docencia en filosofía del Derecho en universidades italianas. De 1964 a 1968 fue profesor encargado de curso en la Universidad de Camerino (primero, en 1964-65, de Derecho Constitucional, y después de Filosofía del Derecho y Doctrina del Estado). No obstante, Baratta visitaba Alemania con frecuencia: pasó el verano de 1964 en Marburgo, donde se ocupó de la filosofía social y jurídica del neokantismo y su incidencia en la ciencia jurídica alemana. En el semestre de invierno de 1964-65 fue profesor suplente de filosofía del Derecho y Derecho penal en la prestigiosa Universidad de Gottinga, donde, con algo más de treinta años, dio un curso de introducción a la filosofía del Derecho, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (del que todavía se conserva un manuscrito de apuntes), y un seminario titulado *Über philosophische Grundprobleme der strafrechtlichen Schuld-und Unrechtslehre*. En el semestre de verano de 1966 fue profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Sarre, donde, junto a Arthur Kaufmann y Werner Maihofer, impartió un seminario de filosofía del Derecho y algunas conferencias. En 1968 ganó en Italia el concurso a cátedra en Filosofía del Derecho, y al año siguiente asumió la dirección del Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino. Sin embargo, las relaciones con Saarbrücken per-

manecieron estrechas, así que cuando Maihofer, que hasta 1969 fue rector de la Universidad, aceptó la oferta de la Universidad de Bielefeld (en el semestre de invierno de 1970-71), Baratta fue llamado poco después a sucederle en la cátedra de Sociología del Derecho y Filosofía Social, así como en la dirección del Institut für Rechts-und Sozialphilosophie y de la biblioteca anexa. De este modo, fue ampliamente recompensado de la fallida llamada (poco antes) a ocupar la segunda cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho del Ateneo romano, el cual, aun reconociéndole sus "prometedoras cualidades de estudioso", había preferido al más maduro Vittorio Frosini. Fue en diciembre de 1971 cuando Baratta, ya Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho en Camerino, aceptó la oferta alemana.

La Universidad del Sarre se había fundado en la inmediata posguerra. Caracterizada desde el principio por una vocación marcadamente europea (ligada a la historia del pequeño *Land*, bajo administración francesa hasta el referéndum de 1955), se convirtió en poco tiempo en una sede prestigiosa para los estudios jurídicos y filosóficos. La universidad respira el espíritu del *Land*, y el del Sarre tiene algo realmente especial: esa "*saarländische Freude*", tan bien descrita por Ludwig Harig, a la que no es fácil sustraerse. En la Universidad del Sarre Baratta permanecerá hasta el final de su carrera académica, renunciando en 1979 a una oferta de la Universidad de Salerno y a la enseñanza iniciada al año siguiente en la Universidad de Bolonia. Sólo después de su jubilación en Alemania volvió a enseñar en Italia, en la Universidad de Lecce, que en diciembre de 1999 le otorgó el grado de doctor *honoris causa* (un segundo grado de doctor *ad honorem* le fue conferido en Grecia, por la Universidad de Komotini, en mayo de 2001).

Baratta ha sido coordinador de diversos proyectos de investigación, en Alemania y en Italia; de un programa de estudios interuniversitario (*Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology*) en el marco del proyecto "Erasmus" (luego "Sócrates") de la Comunidad Europea; y de proyectos de investigación en América Central, en el ámbito del programa PRODERE de Naciones Unidas ("Los Derechos de los Niños" y "Derechos Humanos y Desarrollo Local"). Fue además impulsor de dos importantes revistas: *La questione criminale* (1975-1981), cuyo primer número apareció en 1975 y que nació de una intensa colaboración con el grupo penalista de la Universidad de Bolonia; y luego (desde 1983), *Dei delitti e delle pene*. Se trata en ambos casos de revistas académicas, caracterizadas sin embargo por un fuerte compromiso político de declarada inspiración marxista a favor de todos los oprimidos y contra todas las marginaciones (es aquí oportuno señalar que la segunda revista, durante cierto período, fue publicada por el Grupo Abele).

No debe sorprender que la "criminología crítica" que Baratta fue elaborando precisamente en sus artículos publicados en aquellas revistas encontrara un terreno particularmente fértil en América Latina, donde la influencia de Baratta ha sido (y sigue siendo) notable. Sus estancias latinoamericanas a partir de la mitad de los años setenta son innumerables, y estrechísimas son las relaciones de amistad entabladas con Roberto Bergalli, Lolita Aniyar de Castro, Raúl Zaffaroni, y luego con Emilio García Méndez, Emiro Sandoval Huertas, y tantos otros. Aun amando esta parte del mundo (y quien lo ha conocido sabe lo grande -y correspondido– que fue este amor), ello no supuso que renunciara a ponerse al servicio de la emigración italiana en el Sarre, presidiendo por más de dos décadas el Comité para la Asistencia Escolar Italiana de Saarbrücken (Coasscit).

En torno a la mitad de los años setenta, aunque sin dejar de enseñar filosofía del Derecho y teoría general del Derecho, Baratta desplazó cada vez más sus intereses teóricos hacia la sociología del Derecho, y en particular hacia la sociología jurídico-penal, llegando a desarrollar (también mediante investigaciones empíricas de sociología de la administración de justicia penal), junto a Detlef Krauss, Fritz Sack, Gerlinda Smaus y otros, esa "nueva criminología" o "criminología crítica" con la que hoy suele ser identificado.

Según la criminología "tradicional", hay que estudiar las causas que hacen del "hombre delincuente" un individuo diferente de los ciudadanos que respetan las leyes. Se trata del llamado "paradigma etiológico", para el cual la criminalidad es un hecho social preexistente a su definición. Ahora bien, la criminología crítica consiste en un cambio global de perspectiva: "desviación" y "criminalidad" no son cualidades ontológicas de comportamientos y personas, sino cualidades que les son atribuidas a través de procesos de definición y de reacción social. Siguiendo el enfoque del etiquetamiento (*labelling approach*) o de la reacción social (*Reaktionsansatz*) el desviado es aquel sujeto al cual le ha sido aplicada con éxito la etiqueta de desviado. Desviación y criminalidad ya no son pues realidades preconstituidas con respecto a las reacciones institucionales que se presentan en una determinada sociedad. En este cambio de perspectiva se sitúan las investigaciones de Baratta que encuentran un primer punto de llegada en el libro *Criminologia critica e critica del diritto penale*, de 1982, desde hace tiempo agotado en Italia y que fue traducido al francés (1983), al castellano (1985), al checo (1995) y al portugués (1997, 2ª ed. 1999), habiendo tenido una amplia repercusión sobre todo en América Latina.

En los años siguientes Baratta fue precisando su posición, subrayando la necesidad de integrar el *labelling approach* con un enfoque histórico-materialista que dirigiera la atención hacia las conexiones entre el sistema

penal y la estructura de la objetividad social. Para ser verdaderamente una criminología crítica, debía interpretar los procesos de definición y de reacción social en el contexto de las relaciones sociales de desigualdad y de los conflictos sociales.

Sobre la base de estos presupuestos, Baratta desarrolló una política criminal radicalmente alternativa, cuyo objetivo final implicaba la superación del sistema punitivo, como él expresaba -a menudo retomando una frase de Radbruch (autor al que permaneció ligado, como muestra su edición de dos volúmenes -12 y 13- del *Gesamtausgabe*, publicados en 1992 y en 1993)- diciendo: "lo que necesitamos no es un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal". Dado que, sin embargo, reemplazar el Derecho penal con algo mejor sólo sería posible si se sustituyera nuestra sociedad por una sociedad mejor, para el corto y medio plazo Baratta planteó -en un trabajo de 1985- un Derecho penal mínimo, capaz al menos de promover una vasta y progresiva obra de despenalización. Este artículo apareció en un número especial de la revista *Dei delitti e delle pene*, en el que se presentaban y discutían dos movimientos de pensamiento diferentes pero complementarios: el reduccionista (defendido por Baratta) y el abolicionista (del cual Louk Hulsman puede ser considerado la figura más representativa).

Éste es el Baratta más notable y conocido, y si en mi retrato he insistido en el período anterior de su producción es porque creo que sería restrictivo situarlo solamente en ese enfoque del pensamiento criminológico contemporáneo, por más que en él sin duda Baratta ha influido de manera profunda; pero los intereses específicamente filosóficos permanecieron presentes incluso en esta fase de su pensamiento. Es más, a partir de la mitad de los años noventa Baratta intenta salir de los escollos de la criminología crítica (o de lo que para él fue una crisis de crecimiento), redescubriendo la temática de los derechos humanos e insertándola progresivamente en el ámbito de un discurso más amplio: el de las necesidades y el desarrollo humano. De la cuestión criminal se pasa así a la cuestión humana.

Al principio del nuevo milenio los derechos humanos siguen todavía arrojando una luz de esperanza en el reino de las tinieblas: son el indicador más importante del desarrollo humano, interpretado como la suma de las relaciones entre las necesidades humanas, las capacidades humanas y, precisamente, los derechos humanos. Y así el discurso, inevitablemente, se desplaza hacía la economía. Se necesita una economía al servicio del hombre. Este criterio no conlleva la abolición del mercado, ni niega la importancia de la dimensión global de la economía, pero requiere -hegelianamente- la domesticación del "animal salvaje" y la superación del modelo neoliberal de globalización. La esperanza (¿o la ilusión?) es la de regular el mercado a través del Derecho y de las instituciones del Estado y de la comunidad

internacional en función del desarrollo humano. Al final la alternativa ya no reside en optar entre capitalismo y socialismo, sino entre un modo de producción humano y otro inhumano, entre una economía *política* al servicio del hombre y sus necesidades y una economía *privada* antipolítica y destructiva para el hombre y el ambiente que le rodea.

Es el último Baratta, el que queda todavía en gran parte por descubrir, diseminado en una pluralidad de trabajos, de los que se puede encontrar quizás una síntesis eficaz en *Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten*, un artículo publicado en 1999 en una colección de ensayos dedicada a Günter Ellscheid.

No es pues una casualidad que el tercer curso de lecciones que pensaba dar en el Instituto Italiano de Estudios Filosóficos de Nápoles llevara como título "Razón y pasión. Elementos para una teoría de las necesidades y del desarrollo humano", ni que los autores sobre los que pensaba detenerse fueran tres clásicos del pensamiento filosófico, Platón, Spinoza y Hume y, junto a ellos, Amartya Sen.

Fue a Antonio Gargano, Secretario General del Instituto, a quien, "todavía convaleciente, pero ya en movimiento", anunció con un fax enviado desde Bolonia el 4 mayo de 2002 el tema del curso. Y de Bolonia había bajado a Lecce para dar su curso de filosofía del Derecho, pero allí la situación repentinamente empeoró: volvió con urgencia a la clínica de Homburg, de la que esta vez no volvería a salir.

Por más que, debido a las precarias condiciones de salud de los últimos tres años, su muerte estuviese anunciada desde hacía tiempo, no por ello nos ha dejado menos consternados. Conmovedora ha sido la ceremonia desarrollada el 1 de junio en la Universidad del Sarre (otra tuvo lugar unos días después en Roma), con la música que no podía faltar y algunos discursos conmemorativos, entre ellos el mío, que traducido y con alguna pequeña variación, me permito reproducir aquí para finalizar, como testimonio de mi cariño y mi dolor.

"La noticia de la muerte de Alessandro Baratta me llegó justo mientras estaba ultimando un trabajo que pensaba dedicarle por su septuagésimo cumpleaños en el *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*. Mientras lo escribía, un pensamiento me atormentaba: ¿llegará Sandro a leerlo? Mis preocupaciones, a decir verdad, parecían infundadas: en el mes de agosto del año pasado lo había vuelto a ver en Saarbrücken en (relativamente) buenas condiciones, pasando juntos agradables veladas que en estos días me han vuelto a la mente. Al principio de este año todavía pude hablar con él por teléfono: durante su cariñosa llamada de buenos deseos para el nuevo año intentó tranquilizarme sobre su estado de salud. Y sin embargo, mientras escribía, me asaltaban las dudas. Sabía que acababa de estar mal, pero tam-

bién que estaba de nuevo en movimiento: en Lecce había vuelto a dar clases, después de haber concluido su carrera en Saarbrücken. Nada hacía presagiar el fin, por desgracia, inminente. Lleno de esperanza, seguí trabajando para preparar aquella pequeña sorpresa que, estoy seguro, le habría complacido. En mi trabajo habría reencontrado gran parte de las discusiones que tuve con él desde principios de los años ochenta, cuando –requerido por Giovanni Tarello- me incorporé por primera vez a la Universidad del Sarre, llamado a cubrir un puesto de asistente para ocuparme de la biblioteca del Institut für Rechts-und Sozialphilosophie y contribuir a la actividad didáctica de la cátedra de Sandro. Un Instituto que ahora ya no existe, pero que desde la segunda mitad de los años sesenta, gracias al impulso de Arthur Kaufmann, Werner Maihofer y luego, sobre todo, de Alessandro Baratta, se había convertido, gracias también a su extraordinaria biblioteca, en uno de los centros más importantes (si no por entonces el más importante) para la filosofía y la sociología del Derecho de Alemania Occidental.

Cuando llegué al Sarre, yo acababa de graduarme en Filosofía, pero mi formación estaba en buena medida por completar, y carecía de preparación alguna en el ámbito jurídico. Las clases de Sandro, y quizás todavía más la participación activa en sus ejercicios y en sus seminarios, me acercaron por primera vez a la filosofía del Derecho: desde los autores del iusnaturalismo moderno hasta los iusfilósofos contemporáneos. Particularmente importante fue para mí la participación en un seminario del semestre de invierno de 1981-82 dedicado a la filosofía jurídica de Kant e inaugurado por una conferencia de Karl-Heinz Ilting, mi otro inolvidable maestro, también él desaparecido más prematuramente aún.

Quien tuvo la suerte de participar en la vida del Instituto en aquellos años sabe cómo se convirtió en un polo de atracción para investigadores de casi todas las partes del mundo. ¿Cuántos investigadores de Italia, España, Grecia, América Latina, Holanda, de Escandinavia (seguramente olvido algunos países) han llegado aquí para escribir sus libros, realizar sus investigaciones en un ambiente simpáticamente informal, en un lugar que Sandro había puesto a su (a nuestra) entera disposición? ¿Cuántos jóvenes investigadores después de esta estancia han llegado a ser profesores en su patria y han llevado y difundido allí los conocimientos adquiridos en Saarbrücken?

Yo personalmente volví a Génova después de tres años de fructífero trabajo, y gané (con Tarello en el tribunal) un concurso para investigador universitario. Pero Saarbrücken, como una sirena, siempre me volvía a llamar; tanto, que desde entonces volví allí todos los veranos. Al final de los años ochenta, cuando obtuve una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, tuve de nuevo la posibilidad de pasar una larga estancia en Alemania. Un famoso jurista de Heidelberg me invitó a disfrutar de la beca en esa célebre

Universidad, y se quedó bastante sorprendido cuando supo que yo había decidido volver a Saarbrücken. Creo que me tomó casi por loco. Pero yo no estaba loco: sabía que en Saarbrücken podía contar con Sandro para concluir mis investigaciones sobre Hegel y, en particular, una traducción que había emprendido con Ilting y que, tras su muerte, yo no había llegado a terminar. Sandro y yo pasamos tardes enteras tratando de encontrar, no tanto el sentido de las palabras de Hegel, cuanto las palabras italianas justas para expresarlo. Así nació mi traducción italiana de las primeras lecciones hegelianas de filosofía del Derecho, y fue precisamente en aquellas conversaciones cuando me percaté de hasta qué punto Sandro era capaz de ir al fondo en la interpretación de los textos. Sólo trabajando con Ilting había percibido algo parecido.

Hoy mis dos maestros ya no están, y mientras tanto yo he llegado a ser profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Pero mi corazón sigue todavía aquí, y ahora que Sandro se ha ido, con él se va también una parte de mí: la de los años más bellos e intensos de mi vida, transcurridos junto a él".

(Traducción de Hugo Enrique Ortiz Pilares)

PROBLEMAS DE FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA

RAWLS, EL CRITERIO MAXIMIN Y LA UTILIDAD PROMEDIO

Martín D. Farrell
Universidad de Buenos Aires

Introducción

La teoría de la justicia que hizo famoso a Rawls -y renovó a la vez el interés del siglo veinte en la filosofía política- parte de estos tres presupuestos: a) una situación hipotética en la cual las partes contratantes deben elegir los principios de justicia que van a regir las instituciones básicas de la sociedad que ellos conformarán; b) ciertos rasgos -algunos de ellos sicológicosa- que se atribuyen a esos contratantes, y c) los principios por los cuales esos contratantes optan en definitiva. Se supone - a su vez - que los rasgos a) y b) han sido diseñados de forma tal que, al llegar a la etapa c), la elección de las partes se incline por los principios rawlsianos de justicia.

Todo esto puede ser objetado, desde luego. Respecto de a) puede preguntarse, por ejemplo, si es necesario que las partes desconozcan toda la información de la cual son privadas por el velo de ignorancia. En realidad, como veremos luego, el velo de ignorancia puede incluso privarlas de información éticamente relevante. Respecto de b) es muy discutible si Rawls dota o no a sus agentes de una particular aversión al riesgo. Y respecto de c), finalmente, Rawls coloca a sus agentes en la posición de tener que optar entre sus principios de justicia y el principio utilitarista, pero no proporciona sin embargo la mejor versión del utilitarismo.

No voy a concentrarme en las eventuales objeciones respecto del rasgo a), y tampoco voy a cuestionar -al menos no de un modo decisivo- la afirmación de Rawls de que él no dota a sus agentes de una extrema aversión al riesgo. Lo que haré será lo siguiente: asumiré que las partes se encuentran en la situación concebida por Rawls, con los rasgos que él imagina. Aún así, creo que es posible formular dos objeciones a la tesis rawlsiana.

La primera consiste en que Rawls supone que las partes aplicarían en la posición oriiginaria el criterio maximin para elegir en condiciones de incertidumbre. Esta suposición me parece cuestionable; el principio maximin es

sólo una de las reglas aplicables para elegir en situaciones de incertidumbre, y tal vez no sea siquiera la regla más atractiva.

La segunda objeción deriva de la primera. Como consecuencia de aplicar el criterio maximin, las partes optan por los principios rawlsianos de justicia, uno de los cuales -el principio de diferencia- reproduce los postulados del criterio maximin. Para arribar a este resultado, Rawls explica la superioridad del principio de diferencia frente al principio de la utilidad promedio. Estoy convencido de que puede diseñarse una versión de la utilidad promedio que resulte más atractiva que la que Rawls proporciona, y que puede competir con éxito con el principio de diferencia.

Puedo comparar directamente al principio de diferencia con mi versión de la utilidad promedio porque el propio Rawls, en sus últimos trabajos, autoriza a complementar al utilitarismo con los principios rawlsianos de máxima libertad y de igualdad equitativa de oportunidades, de donde la opción de las partes se reduce aquí a elegir entre el principio de diferencia y el utilitarismo.

En lo que sigue procederé de este modo: la Sección I se ocupa de estudiar el desarrollo de la teoría de Rawls a lo largo de casi cincuenta años. La Sección II analiza el atractivo eventual del criterio maximin como regla de elección, comparándolo con otras alternativas posibles, en especial la regla bayesiana. La Sección III, a su vez, presenta mi versión modificada del principio de la utilidad promedio. La primera sección, entonces, es histórica, la segunda crítica, y la tercera, al menos eso espero, constructiva. En la *Conclusión*, finalmente, trato de mostrar que, partiendo de una situación de incertidumbre, mantenerse o no dentro de ella depende en parte de nuestra propia decisión, esto es, del criterio de elección que adoptemos para elegir principios de justicia. Algunos criterios nos mantienen en la incertidumbre, otros convierten a la situación en una de riesgo, y otros la transforman en una situación de certeza.

No estoy sosteniendo que la plausibilidad del principio de diferencia dependa de su eventual adopción en la posición originaria. Al contrario, creo que pueden proporcionarse argumentos en favor del principio en cuestión que sean independientes de la posición originaria, de donde mostrar que en dicha posición podría optarse por otro principio no destruiría el caso de Rawls en favor del principio de diferencia. La posición originaria no es un mecanismo esencial en la teoría de Rawls[1]. Pero me concentro en el prin-

[1] En esto coincido con THOMAS W. POGGE, *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, pag.111, y con JOSHUA COHEN, "Democratic Equality", *Ethics,* vol.99, number 4, pag. 745.

cipio de diferencia siguiendo la misma línea argumental de Rawls, quien prefiere extraer el principio a través de la posición originaria.

En ningún momento voy a proporcionar un argumento decisivo en contra del principio de diferencia. Lo que haré será mostrar la debilidad de algunos argumentos de Rawls, y realzar el atractivo del criterio utilitarista. Confío -al menos- en arrojar ciertas dudas acerca de la inevitabilidad de optar por el principio de diferencia.

Sección I. El desarrollo de la teoría de Rawls

1

Para los aspectos de la teoría rawlsiana que me interesa analizar aquí, hay un punto de partida incuestionable: todo empieza con "Justice as Fairness".[1] Allí aparece -en efecto- la primer versión de la teoría, pero con algunos rasgos muy diferentes a los que ella revestirá en su forma definitiva. Básicamente, lo que me interesa mostrar de la teoría es: a) la forma que reviste el ataque al utilitarismo; b) el grado de conocimiento de que disponen las partes al elegir los principios de justicia; c) el tipo de instituciones a los que se aplican esos principios de justicia; e) el contenido del principio de diferencia, y f) la forma que adopta el criterio maximin.

Igual que a lo largo de toda su obra, el rival de Rawls en este trabajo es el utilitarismo; pero, a diferencia de lo que ocurre en la versión final de la teoría rawlsiana, aquí el blanco es el utilitarismo clásico. Así, Rawls dice que existen ciertos aspectos de la justicia

> *de los cuales el utilitarismo, en su forma clásica, no puede dar cuenta...*[2],

y agrega más adelante que desea describir algunos de los rasgos de su teoría

> *para compararlos con la concepción de la justicia en el utilitarismo clásico, tal como está representado por Bentham y Sidgwick*[3].

Veremos luego que Rawls cambia más tarde la dirección de su ataque, para centrarlo en la teoría de la utilidad promedio, y finalmente, en una forma robustecida del utilitarismo.

Las partes contratantes parecen disponer en esta etapa de la teoría de un grado mayor de conocimiento del que después les sería permitido. Se supone que estas personas

---

[1] JOHN RAWLS, "Justice as Fairness", en Peter Laslett & W. G. Runciman (eds.), *Philosophy*, *Politics and Society*, Second Series, Oxford, Basil Blackwell, 1972. El trabajo apareció originariamente en 1958, en la *Philosophical Review*.

[2] RAWLS, cit., pag.132.

[3] RAWLS, cit., pag.149.

son racionales: ellas conocen sus propios intereses más o menos adecuadamente...[4]

No hay todavía aquí ninguna mención expresa del velo de ignorancia, aunque parte de la idea rawlsiana consiste en imaginar que se arriba a un compromiso entre los participantes

sin que ellos conozcan cuál va a ser su condición peculiar[5].

Los principios de justicia a los que arriban las partes se aplican usualmente a las instituciones establecidas, y elos se emplean para juzgar las quejas que los participantes desean plantear respecto de esas mismas instituciones[6]. Son principios que se utilizan emplean para evaluar las prácticas comunes, sea que estén ya establecidas, sea que resulten meramente propuestas[7]. Pero los principios están expresamente diseñados para aplicarse a

instituciones sociales que ya existen y que representan el resultado de un largo período de desarrollo[8].

El principio de diferencia (sin que se lo mencione bajo este nombre) se enuncia de esta forma:

Las desigualdades son arbitrarias a menos que sea razonable esperar que resulten en ventaja de todos...[9].

En realidad, Rawls parece estar exigiendo aquí para aceptar la existencia de desigualdades un principio fuerte de Pareto: no sólo es necesario que algunos ganen sin que ninguno pierda, sino que se exige que *todos ganen* como consecuencia de la desigualdad (aunque enseguida veremos que, en trabajos posteriores, él rechaza la interpretación paretiana). Así, se dice que

es importante destacar que todas las partes deben ganar con la desigualdad...El principio excluye, en consecuencia, la justificación de desigualdades sobre la base de que las desventajas de aquellos que están en una posición son compensadas por las mayores ventajas de aquellos que están en otra posición[10].

El motivo de esta exigencia es muy claro: Rawls quiere resistir la idea utilitarista de que la infelicidad de uno es compensada por la felicidad de otros. Pero Rawls no advierte todavía que la exigencia es tan fuerte que resulta muy difícil con ella beneficiar a los peor situados, lo que constituirá

[4] RAWLS, cit., pag.137.
[5] RAWLS, cit., pag.148.
[6] RAWLS, cit., pag.138.
[7] RAWLS, cit., pag.142.
[8] RAWLS, cit., pag.143.
[9] RAWLS, cit., pag.133.
[10] RAWLS, cit., pag.135.

luego su principal preocupación. Supongamos que nos encontramos en la situación A, en la cual la distribución de los recursos por grupos es esta:

Grupo 1: 100 unidades.
Grupo 2: 50 unidades.
Grupo 3: 5 unidades.

E imaginemos que es posible pasar a la situación B, en la cual la distribución de los recursos es esta:

Grupo 1: 100 unidades.
Grupo 2: 80 unidades.
Grupo 3: 10 unidades.

En la etapa final de la teoría el paso es deseable (en realidad, sería obligatorio). Pero en esta etapa no queda claro si el paso de A a B es admisible, porque el grupo 1 no gana nada con el cambio. Es posible sostener, lo acepto, que no hay en B más desigualdad que en A, por estos motivos: si bien aumentó la desigualdad entre los grupos 2 y 3, se redujo esa desigualdad entre los grupos 1 y 2. Mientras la desigualdad entre 1 y 2 se redujo en 30 unidades, la desigualdad entre 2 y 3 aumentó sólo en 25 unidades, de modo que pasar de A a B es permisible puesto que no hay ninguna desigualdad adicional que justificar. Pero, en todo caso, es un argumento discutible. (Rawls -en definitiva- cuestionará luego la legitimidad del punto de partida)

Para que en las condiciones descriptas en "Justice as Fairness" las partes contratantes opten por el principio de diferencia tienen que producirse estas dos circunstancias: a) que cualquier otro principio que se adopte ofrezca un resultado más bajo que el estado de naturaleza, y b) que el principio de diferencia ofrezca más que el estado de naturaleza[11].

Finalmente, la regla maximin en este trabajo de Rawls adopta el papel del ladrido del perro en la novela de Conan Doyle: lo significativo es que el maximin, bajo este nombre, no aparece en ninguna parte. No obstante, sí existe una mención acerca de la actitud de los participantes cuando ellos deben elegir principios de justicia: las restricciones que surjan deben ser concebidas

> *como aquellas que una persona tendría en cuenta si ella estuviera diseñando una práctica en la cual su enemigo fuera a asignarle su lugar*[12].

Esta exigencia es extremadamente fuerte, y -como veremos más adelante- muy probablemente equivocada.

Por otra parte, hay quienes sostienen que aquí Rawls no emplea el criterio maximin para el juego de la negociación, sino como parte de su argumento para mostrar la relevancia moral de la forma en que él construye ese

---

[11] ROBERT PAUL WOLFF, *Understanding Rawls*, New Jersey, Princeton University Press, 1977, pags.147/148.

[12] RAWLS, cit., pag. 139.

juego[13]. En realidad, la ausencia del velo de ignorancia hace que la situación que describe "Justice as Fairness" no sea una de incertidumbre, como veremos en la sección II; en este caso, entonces, no se comprende siquiera la necesidad de recurrir al criterio maximin.

En resumen: Rawls ataca al utilitarismo clásico, las partes poseen un grado mayor de conocimiento del que luego tendrán disponible en etapas posteriores de la teoría, ante la inexistencia del velo de ignorancia, los principios de justicia se aplican básicamente a instituciones ya existentes, el principio de diferencia (al que no se conoce bajo esta denominación) exige que todos se beneficien de las desigualdades, y el principio maximin (que tampoco aparece bajo este nombre) advierte que, al diseñar instituciones, siempre debemos esperar lo peor.

2

En "Constitutional Liberty and the Concept of Justice" –el segundo de los trabajos que voy a examinar[14]– se repiten algunos conceptos, pero aparecen al mismo tiempo -sin embargo- algunos cambios.

El ataque al utilitarismo (sin mencionar aquí ninguna especie de él) continúa, tal como cabía esperar que ocurriera. Rawls le asigna a la teoría utilitarista sólo un papel secundario: el principio de utilidad

> *puede ser utilizado por los individuos dentro del esquema de una sociedad justa*[15].

No existe tampoco aquí el velo de ignorancia. Sencillamente, las partes consideran

> *si alguna de ellas tiene una queja legítima contra sus instituciones establecidas*[16].

También en este caso los principios de justicia se aplican a instituciones ya establecidas, a lo que Rawls llama las "instituciones comunes"[17], a las instituciones políticas, esto es, a

> *sistemas de reglas públicamente reconocidos, que son generalmente aceptados*[18].

---

[13] STEVEN STRASNICK, Book Review, *Understandimg Rawls*, de Robert Paul Wolff, *The Journal of Philosophy*. Vol.LXXVI, number 9, September 1979, pags. 500/501.

[14] JOHN RAWLS, "Constitutional Liberty and the Concept of Justice", en *Collected Papers*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999. El trabajo apareció originariamente en *Nomos VI. Justice*, en 1963.

[15] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 86.

[16] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 78.

[17] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 77.

[18] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 73.

Pero hay una diferencia importante, que muestra que aquí Rawls piensa por primera vez en los principios de justicia de la misma forma en que continuará luego haciéndolo en su teoría futura: el concepto de justicia se aplica

> *a la estructura fundamental del sistema social en el cual cada uno debe comenzar*[19].

El principio de diferencia (todavía sin detentar ese nombre) sigue sosteniendo que las desigualdades redundarán en beneficio de cada de las personas comprometidas[20]. Y el criterio maximin (también sin mencionarse por ese nombre) sigue exigiendo que en el diseño del sistema social actuemos como si un enemigo fuera a asignarnos nuestro lugar[21].

Pero respecto de a situación en la cual debería emplearse el criterio maximin aparece un párrafo interesante, en el cual Rawls quiere explicar por qué debería rechazarse la opción por un sistema de castas: el motivo, dice, es que

> *la probabilidad de ingresar a la casta más elevada es pequeña, mientras que la chance de ser uno de los de las castas más bajas es alta*[22].

Lo interesante de este párrafo reside en que en él Rawls acepta la posibilidad de realizar un cálculo probabilístico, lo que convierte a esta situación en una situación de riesgo, como luego veremos. En su teoría posterior, Rawls va a negar la posibilidad de efectuar un cálculo de este tipo, transformando a las situaciones de elección en situaciones de incertidumbre, en las cuales encuentra precisamente su aplicación el criterio maximin.

3

El trabajo decisivo para entender el desarrollo ulterior de la teoría de Rawls es -sin duda- "Distributive Justice", que data del año 1967[23]. Comienza, como es habitual, con una crítica al utilitarismo, implícitamente, aunque sin mucha distinción de su parte, al utilitarismo clásico. Esto no es novedoso, por cierto, pero sí lo es el giro que adopta la teoría rawlsiana respecto del grado de conocimiento de que disponen las partes, puesto que ya aparece diseñado el velo de ignorancia.

A diferencia de los trabajos anteriores, en éste las decisiones que adoptan las partes se realizan en una situación inicial

---

[19] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 91.

[20] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 76.

[21] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., pag. 78.

[22] RAWLS, "Constitutional Liberty...", cit., ppag. 81.

[23] JOHN RAWLS, "Distributive Justice", en Peter Laslett & W:G:Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Third Series, Oxford, Basil Blackwell, 1978. La primera edición es de 1967.

uno de cuyos rasgos significativos es el de que ninguno conoce su posición en la sociedad, ni siquiera su lugar en la distribución de talentos y habilidades naturales. Los principios de justicia a los cuales todos van a estar ligados para siempre son elegidos en ausencia de este tipo de información específica. Un velo de ignorancia impide a cualquiera resultar aventajado o desaventajado por las contingencias de la clase social y de la fortuna...[24]

Los principios de justicia, a su vez, se aplican a la estructura básica de la sociedad, a sus sistema fundamental de derechos y deberes[25].

El principio de diferencia aparece por primera vez bajo este nombre[26] y Rawls ofrece una descripción detallada de él. Primero, ensaya interpretarlo como un ejemplo del principio de Pareto, como señalé en el apartado 1. En realidad, dice, esta

es la manera más natural de considerar al segundo principio[27].

Pero rechaza esta interpretación, sin embargo, porque el principio de Pareto no identifica a la mejor distribución (puesto que hay varias mejoras paretianas posibles a partir de una posición determinada): hay entonces muchas maneras de organizar una institución, y - así - una estructura básica, que serían óptimas en este sentido[28].

La objeción central de Rawls a la interpretación paretiana, sin embargo, es ahora otra: a veces la justicia requiere empeorar la posición de algunos individuos. Así

puede ocurrir que bajo ciertas condiciones la servidumbre no pueda ser significativamente reformada sin disminuir las expectativas de algún hombre representativo, digamos de los propietarios de tierras, en cuyo caso la servidumbre es óptima[29].

Por eso Rawls interpreta al principio de diferencia como sosteniendo que

estas diferencias son justas si y sólo si las mayores expectativas de los más aventajados, cuando juegan una parte en el manejo de todo el sistema social, mejoran las expectativas de los menos aventajados...La estructura básica es perfectamente justa cuando las perspectivas de los menos afortunados son tan grandes como pueden serlo[30].

Apartándose de su posición inicial -en la que todos debían resultar beneficiados- Rawls sostiene ahora que

---

[24] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 60.
[25] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 62.
[26] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 66.
[27] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 63.
[28] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 65.
[29] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 65.
[30] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 66.

> *todas las desigualdades deberían ser organizadas para la ventaja de los más desafortunados, incluso si algunas desigualdades no resultan en la ventaja de aquellos que se encuentran en las posiciones medias*[31].

Finalmente, también aparece aquí nombrado por primera vez con esa designación el criterio maximin, aunque reducido a una nota de pié de página. Rawls afirma que

> *en particular, dada la completa falta de conocimiento (que convierte a la elección en una realizada bajo incertidumbre), el hecho de que la decisión abarque las perspectivas de vida de uno, como un todo, y esté restringida por obligaciones para terceros (por ejemplo nuestros descendientes) y por deberes respecto de ciertos valores (por ejemplo la verdad religiosa), es racional ser conservador, y elegir así de acuerdo a un análogo del principio maximin*[32].

Como vemos, el trabajo incorpora tres rasgos de lo que sería luego la teoría rawlsiana definitiva: el velo de ignorancia, la nueva interpretación del principio de diferencia (ahora llamado por ese nombre) que beneficia a los peor situados, y la referencia explícita al criterio maximin.

4

La próxima etapa del desarrollo de la teoría de Rawls la constituye un trabajo que se propone aclarar algunos conceptos, presuntamente oscuros, del anterior: "Distributive Justice: Some Addenda"[33]. Aquí las objeciones al utilitarismo comprenden a todas sus variantes[34]. Rawls afirma que el principio de utilidad

> *subordina las personas al bien común, o al fin de obtener el mayor balance neto de satisfacción*[35].

Pero, consciente de la preocupación utilitarista porque todos cuenten por uno y nadie por más de uno, Rawls debe reconocer que los utilitaristas no siempre se proponen tratar a las personas como medios. A veces

> *las trata como fines, asignando el mismo peso al bienestar de cada uno; las trata como medios permitiendo que los beneficios de algunos compensen las pérdidas de otros...*[36]

Rawls también acusa al utilitarismo de no respetar el principio de reciprocidad. Todas estas acusaciones no son relevantes para mi propósito central, sin embargo. En efecto: el tema que me preocupa es el de determinar

---

[31] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 68.

[32] RAWLS, "Distributive Justice", cit., pag. 61.

[33] JOHN RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", en *Collected Papers*, cit. El trabajo apareció originariamente en *Natural Law Forum*, en 1968.

[34] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pag.155.

[35] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pag. 168.

[36] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pag. 169.

qué principios serían elegidos por los contratantes en una situación que se aproxime a la posición originaria. Es posible que los contratantes no deseen respetar el principio de reciprocidad, ni el mandamiento kantiano de tratar a todos como fines. Lo que importa, entonces, es establecer si los contratantes elegirían racionalmente al principio de diferencia o alguna variante del principio de utilidad (que, luego veremos, debería ser una nueva concepción de la utilidad promedio).

Rawls advierte esta situación cuando dice que es posible formular concepciones que reflejen la posición originaria, y que conduzcan sin embargo al principio de utilidad. Y, para descartar esta posibilidad, exige que la situación inicial sea una en la que elija un grupo, y no una persona[37]. Todavía, sin embargo, resta decidir si este grupo optaría realmente por el principio de diferencia.

Nuevamente en este trabajo que estoy examinando, los principios de justicia se aplican a la estructura básica de la sociedad[38]. Pero lo importante del mismo radica en que en él se aclara definitivamente la interpretación que Rawls asigna al principio de diferencia. Esta aclaración se obtiene a través del análisis que Rawls realiza de tres interpretaciones posibles de este principio.

La primera interpretación es la paretiana: el principio se entiende

> *como el principio de eficiencia (optimalidad de Pareto) ajustado de modo de aplicarse a las instituciones sociales*[39].

La objeción que Rawls encuentra respecto de esta primera interpretación -como ya vimos- consiste en que el principio paretiano no determina por sí mismo una distribución unívoca, sino que puede arribarse a distintos resultados eficientes teniendo en cuenta las distintas distribuciones iniciales. Ahora bien: en una segunda interpretación, esta distribución inicial es fuertemente influida por contingencias naturales y sociales, por lo cual se permite que la distribución esté indebidamente influenciada por estos factores[40].

Por eso mismo, Rawls cree -en una tercera interpretación- que

> *el orden social no debería establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de aquellos mejor situados a menos que el hacerlo resultara en la ventaja de aquellos menos afortunados. La estructura básica es justa cuando las mayores expectativas de cada uno de los grupos más favorecidos promueven el bienestar de la clase menos favorecida, esto es, cuando una disminución de cualquiera de estas ventajas convertiría a los menos afortunados incluso en peor de lo que están*[41].

---

[37] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pags. 173/174.

[38] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pag. 156.

[39] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pag. 159.

[40] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pags.160/161.

[41] RAWLS, "Distributive Justice: Some Addenda", cit., pags.162/163.

Creo que ahora estamos en presencia de todos los argumentos centrales que aparecerán luego en *A Theory of Justice*: la crítica al utilitarismo, el velo de ignorancia, los principios de justicia aplicados a las instituciones básicas de la sociedad, el principio de diferencia con la prioridad en favor de los peor situados y la sugerencia de adoptar el criterio maximin como regla de elección bajo condiciones de incertidumbre. Podemos, entonces comenzar directamente el examen del libro de Rawls pues no hay más trabajos intermedios que resulten relevantes.

5

A *Theory of Justice*[42] parece representar la versión definitiva del pensamiento de Rawls. No obstante, lo hace sólo a primera vista, porque en algunos de los temas que estoy considerando se producen después cambios significativos en la teoría que tendré obviamente que consignar.

El ataque al utilitarismo se concentra aquí en la versión de la utilidad promedio, pero no voy a analizarlo en este momento, pues constituye el tema central de la sección III, motivo por el cual pospongo momentáneamente su estudio.

Las partes eligen los principios de justicia detrás de un velo de ignorancia[43]: no conocen su lugar en la sociedad, ni su concepción del bien, ni las particularidades de su plan racional de vida, ni las circunstancias particulares de su propia sociedad, ni la generación a la que pertenecen. Lo que conocen son los hechos generales acerca de la sociedad humana: comprenden los asuntos políticos y los principios de la teoría económica, y conocen las bases de la organización social y las leyes de la sicología humana[44].

El sujeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, el modo en el cual las principales instituciones sociales distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de las ventajas provenientes de la cooperación social[45].

El principio de diferencia -a su vez- se presenta en dos versiones, una preliminar y la otra definitiva. La versión preliminar dice que

> *las desigualdades sociales y económicas deben ser organizadas de modo que resulte a) razonablemente esperable que sean para la ventaja de todos*...[46]

La versión definitiva, por su parte, señala que

---

[42] JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971.

[43] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 12.

[44] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 137,

[45] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 7.

[46] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 60.

> *las desigualdades sociales y económicas deben ser organizadas de modo que resulte a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, de un modo consistente con el principio de los ahorros justos...*[47]

En la teoría de Rawls, el tema del criterio maximin se trata extensamente por primera vez en *A Theory of Justice*, donde se le asigna un papel de gran importancia. Rawls comienza mostrando que, respecto de sus principios de justicia

> *hay una analogía entre los dos principios y la regla maximin para la elección bajo incertidumbre. Esto es evidente a partir del hecho de que los dos principios son aquellos que una persona elegiría para el diseño de una sociedad en la cual su enemigo fuera a asignarle su lugar*[48].

Dos observaciones son pertinentes aquí. Primero, la analogía que Rawls postula entre los principios de justicia y el principio maximin realmente existe. En el caso del principio de diferencia, más que de analogía podría hablarse en este caso de identidad: el principio de diferencia *es* -en un sentido- el principio maximin. Como resultado de emplear el principio maximin para elegir en una situación de incertidumbre, el principio distributivo elegido es -otra vez- el propio principio maximin. Vale decir que el maximin aparece dos veces en la teoría de Rawls: como principio de elección en las circunstancias de la posición originaria, y luego como el principio elegido como consecuencia de aplicar el principio de elección.

La segunda observación es que Rawls insiste con la metáfora del enemigo que elije nuestro papel en la sociedad. La metáfora -sin embargo- no es útil, y el propio Rawls advierte que, desde luego,

> *las partes en la posición originaria no suponen que su lugar inicial en la sociedad es decidido por un oponente malévolo...Pero que los dos principios de justicia serían elegidos si las partes estuvieran obligadas a protegerse a sí mismas contra una contingencia tal explica el sentido en el cual esta concepción es la solución maximin*[49].

La metáfora del enemigo -como dije- no es feliz, y es dudoso que ella resulte imprescindible para la elección del criterio maximin. Su uso ha provocado varias críticas a la posición de Rawls, que examinaré en la sección II.

Rawls es consciente de que el criterio maximin no es en general una guía adecuada para elegir en situaciones de incertidumbre, y exhibe tres rasgos de la situación que supone le darían plausibilidad. El primero es que, puesto que las reglas no toman en cuenta las probabilidades de las circunstancias

---

[47] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 302.

[48] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag.152.

[49] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pag. 153.

posibles, debe haber una razón para descontar la estimación de estas probabilidades. Esta situación ocurre en la posición originaria puesto que el velo de ignorancia impide todo conocimiento de las probabilidades. El segundo rasgo consiste en que la persona que elige tiene una concepción del bien tal que le preocupa muy poco, si es que le preocupa, lo que pueda ganar por encima del mínimo que el maximin le asegura. Esta situación ocurre en la posición originaria, puesto que los principios de justicia garantizan un mínimo satisfactorio, al proporcionar tanto una teoría de la justicia social cuanto una compatibilidad de ella con los requerimientos razonables de eficiencia. El tercer rasgo -por último- es que la situación envuelve graves riesgos, y que las alternativas que se rechazan tienen resultados difícilmente aceptables. Esta situación también ocurre en la posición originaria puesto que el principio de utilidad puede justificar graves infracciones a la libertad para obtener mayores beneficios sociales[50].

Este tercer rasgo de la situación no estará en el futuro a disposición de Rawls, como enseguida veremos, porque su teoría evolucionará hacia una forma más amplia de comparación entre los principios de justicia que compiten por la aceptación de las partes en la posición originaria.

El segundo rasgo, por otra parte, es muy cuestionable. Aparentemente, hay un umbral de bienes primarios tal que, una vez alcanzado, resulta satisfactorio para todos los individuos, los cuales -a su vez- tienen poco interés en cualquier cantidad de bienes primarios que superen ese umbral. De manera que deben darse a la vez dos condiciones: a) que el nivel de bienes primarios que satisface el maximin coincida exactamente con el nivel del umbral, y b) que el umbral sea el mismo para todos los individuos[51]. Ambas circunstancias son muy difíciles d satisfacer conjuntamente.

6

Uno de los puntos de la teoría de Rawls más tempranamente objetados por sus críticos fue el empleo del criterio maximin, y por eso no es de extra-

---

[50] RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pags.154/156. Este argumento de Rawls parece vincularse al costo de la experimentación. En estadística, este costo depende de tres elementos: a) los casos seleccionados para su observación; b) los valores observados reales que se obtienen, y c) las etapas en las cuales el experimento se lleva a cabo. (Cfr.ABRAHAM WALD, *Statistical Decision Functions,* New York, John Wiley & Sons, 1950, pag.9) En el caso descripto en la posición originaria el experimento no se puede llevar a cabo en etapas, puesto que una vez elegidos los principios que van a regir a la sociedad no hay posibilidad de retractarse una vez levantado el velo de ignorancia. Podríamos decir, entonces, que el costo de experimentación es aquí prohibitivo.

[51] BRIAN BARRY, *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pags. 97/99.

ñar que Rawls aparezca defendiéndolo ya en 1974. El comienza enfatizando que

> *el criterio maximin de equidad y la llamada regla maximin para la elección bajo incertidumbre son dos cosas muy diferentes*[52].

Esto es: comienza precisamente rechazando la identidad que postulé hace un momento entre el principio maximin y el principio de diferencia. Aclara, asimismo, que

> *el criterio maximin no está concebido para aplicarse a situaciones en pequeña escala...El maximin es un criterio macro y no micro*[53].

Esta aclaración, como luego veremos, es necesaria para que Rawls evite las críticas de algunos utilitarista, como ocurre en el caso de Harsanyi.

En segundo lugar, Rawls compara sus principios de justicia con la teoría de la utilidad promedio. En una primera comparación, sus dos principios de justicia resultan triunfadores, puesto que el principio utilitarista podría amenazar la libertad de quienes lo eligen. Pero, en una segunda comparación, Rawls acepta reforzar el principio de utilidad con el respeto de una equitativa igualdad de oportunidades, lo que permite descartar la amenaza a la libertad. Es necesario, entonces, proporcionar nuevos argumentos en favor del criterio maximin y de sus principios de justicia.

El primero de ellos es la aversión al riesgo de las partes, que Rawls calcula, de un modo no muy claro, como

> *no menor que la de muchas personas normales*[54]

aceptando él mismoque está siendo "extremadamente vago". El segundo argumento es el de que el principio maximin requiere mucha menos información para poder ser aplicado de lo que requieren las comparaciones de utilidad. El tercer argumento, a su vez, mantiene que un criterio distributivo debe servir a un principio público, y que

> *el principio de utilidad no es lo suficientemente agudo: incluso si fuera satisfecho, habría poca confianza pública de que éste es el caso. El criterio maximin tiene agudeza suficiente; al mismo tiempo es eficiente mientras la estricta igualdad no lo es*[55].

Los dos argumentos finales son: primero, que el maximin resiste mejor las tensiones del acuerdo (lo cual, como veremos, es altamente discutible una vez que se levanta el velo de ignorancia), y que las aspiraciones de una personalidad libre e igual apuntan directamente al criterio maximin, en el

---

[52] JOHN RAWLS, "Some Reasons for the Maximin Criterion", en *Collected Papers*, cit.(el trabajo apareció originariamente en 1974, en *American Economic Review*), pag. 225.

[53] RAWLS, "Some Reasons...", cit., pag. 227.

[54] RAWLS, "Some Reasons...", cit., pag. 228.

[55] RAWLS," Some Reasons...", cit., pag. 229.

cual la distribución natural de las capacidades es vista en algunos aspectos como un patrimonio colectivo (afirmación que -ciertamente- no resulta de inmediato intuitiva).

Creo que ninguno de los argumentos que Rawls proporciona aquí es decisivo. Lo más importante de este trabajo reside en que la comparación de los principios rawlsianos con el utilitarismo se vuelve más interesante, en la medida en que se permite que el principio de utilidad se fortalezca con el respeto a la igualdad equitativa de oportunidades. Esta tendencia se mantendrá, como enseguida veremos, en los trabajos posteriores de Rawls.

7

El siguiente trabajo que voy a examinar es una réplica de Rawls a críticas formuladas por Alexander y Musgrave. Aquí, por una razón expositiva, debo alterar el orden cronológico y estudiar las réplicas de Rawls antes que las críticas, las que comentaré luego en la sección II como parte del examen del criterio maximin[56].

El trabajo en cuestión presenta una curiosidad: en él Rawls llama al principio de diferencia "el criterio maximin"[57] pese a haber rechazado la identidad entre ambos en el trabajo que analicé en el apartado 6. Pero esto es sólo, como dije, una curiosidad.

Lo importante reside en que Rawls cuestiona la idea de que el criterio maximin está basado en una aversión al riesgo extrema e injustificada[58]. Ahora sostiene que

> *cuando se sigue el criterio maximin, la distribución natural de las habilidades es vista en algunos aspectos como un patrimonio colectivo...Esto muestra, creo, que el maximin tiene al menos una interpretación natural. Es el criterio que sería adoptado para regular desigualdades si las partes fueran guiadas por el principio de que nadie debería beneficiarse de ciertas contingencias inmerecidas, con efectos profundos y duraderos, tales como los orígenes de clase y las capacidades naturales, excepto de modo que también ayuden a otros*[59].

Esta es, como se advierte, una interpretación radicalmente distinta de la que hasta ahora venía ofreciendo Rawls. En un comienzo, la adopción del criterio maximin es vista como una decisión racional de las partes, mientras que ahora se ofrece una versión moralizada de la adpción del criterio. El propio Rawls lo advierte y reconoce que en *A Theory of Justice*

---

[56] JOHN RAWLS, "Reply to Alexander and Musgrave", en *Collected Papers*, cit. El trabajo apareció originariamente en 1974, en *Quarterly Journal of Economics*.

[57] RAWLS, "Reply...", cit., pag. 238.

[58] RAWLS, "Reply...", cit., pag. 245.

[59] RAWLS, "Reply...", cit., pag. 246.

no quise atribuir a las personas en la posición originaria la aceptación de nociones morales...[60]

Y yo creo que esta era la actitud correcta, por cierto, puesto que el desafío de Rawls consistía en mostrar que podían derivarse principios equitativos de justicia del solo seguimiento de reglas de racionalidad. La argumentación que estoy comentando ahora -en cambio- desvirtúa completamente esta tarea.

El último argumento de Rawls que quiero examinar en este apartado se refiere -otra vez- a la aversión al riesgo. El insiste en que

no postulé simplemente que las partes tuvieran alguna aversión al riesgo peculiar o especial...En cambio, los rasgos de la posición originaria, cuando uno considera su fuerza combinada, conduciría a personas razonables a elegir como si ellas fueran altamente aversas al riesgo[61].

Se trata de la repetición de un argumento conocido: dadas las caracteríaticas peculiares de la posición originaria, la única actitud racional posible consiste en comportarse como si uno tuviera una fuerte aversión al riesgo, sin postular, en cambio, que entre los rasgos idiosincráticos de los contratantes aparezca esa aversión al riesgo.

8

El próximo paso en el desarrollo del pensamiento de Rawls está representado por el prólogo a la edición francesa de *A Theory of Justice*, que data del año 1987[62]. (Palabra más, palabra menos, este prólogo es idéntico al de la edición revisada de *A Theory of Justice*. Esta versión apareció en 1999, pero el prólogo en cuestión está fechado en 1990)[63]. En este prólogo Rawls modifica nuevamente el alcance de su polémica con el utilitarismo. Ahora sostiene que sus principios de justicia buscan remediar una debilidad de la teoría utilitarista, a saber, su incapacidad de servir de base para las instituciones de una democracia constitucional. No creo, dice Rawls

que el utilitarismo pueda proporcionar una versión satisfactoria de los derechos y libertades básicas de los ciudadanos como personas libres e iguales, un requerimiento de gran importancia para dar cuenta de las instituciones democráticas[64].

---

[60] RAWLS, "Reply...", cit., pag. 247.

[61] RAWLS, "Reply...", cit., pag. 247.

[62] JOHN RAWLS, "Preface for the French Edition of *A Theory of Justice*", en *Collected Papers*, cit. Apareció originariamente en 1987.

[63] JOHN RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

[64] RAWLS, "Preface...", cit. pag. 416.

El cambio de enfoque es, ciertamente, decisivo. Antes la pregunta era qué principios de justicia elegirían los participantes de la situación originaria como fundamento de las instituciones básicas de su sociedad. Podían decidir sobre bases estrictamente racionales, pero el resultado se suponía que debía ser equitativo. El utilitarismo podía ser -en esas condiciones- un competidor temible de los principios rawlsianos. Ahora, los contratantes ya suponen que van a vivir en una democracia constitucional, con derechos y libertades garantizados por esa constitución. Entonces, desde luego, el utilitarismo ya no es un competidor tan temible, puesto que todo el mundo sabe que la teoría utilitarista no puede dar buena cuenta de los derechos constitucionales. Pero este nuevo enfoque rawlsiano presupone ya la elección de sus principios, porque asume que las partes en la posición originaria ya no pueden elegir las instituciones equitativas a las que los conduzca su propia racionalidad: ahora -necesariamente- ya alguien eligió previamente algo por ellos la democracia constitucional como forma de gobierno. Esto convierte en pírrica a la victoria de los principios rawlsianos de justicia: triunfan, sí, pero a costa de empobrecer el debate teórico en un grado intolerable. Por eso, en la discusión que se inicia en la sección II voy a prescindir de este último desarrollo teórico de Rawls, para concentrarme en el debate original entre el utilitarismo y el principio de diferencia.

Justamente la otra novedad del prólogo que comento se refiere al principio de diferencia. Rawls sostiene que

> *continúa pensando que el principio de diferencia es importante y aún argumentaría por él, dando por supuesto...un trasfondo institucional que satisfaga los dos principios precedentes. Pero es mejor reconocer que este argumento es menos evidente y es improbable que tenga la fuerza del argumento para los dos primeros principios*[65].

Es interesante advertir cómo Rawls, por una parte, parece cada vez más confiado en la fuerza del principio de diferencia, mientras, por la otra, comienza al mismo tiempo a dudar de él. El primer aspecto de la cuestión se muestra en el hecho de que, en un comienzo, el principio de diferencia se comparaba con el principio utilitarista (en cualquiera de sus versiones) pero robustecido por los otros principios de justicia. Ahora, en cambio, se concede al utilitarismo la fuerza adicional de los demás principios rawlsianos. El segundo aspecto, en cambio, se muestra en la confesión que acabo de señalar, y se robustece con las vacilaciones que Rawls muestra en otras de sus obras respecto de este principio.

En *Political Liberalism*, por ejemplo, rehúsa conceder al principio de diferencia el carácter de una "esencia constitucional", por considerar que es

[65] RAWLS, "Preface...", cit., pags. 418/419.

demasiado exigente, y lo interpreta sólo como una guía que puede aparecer en una ley[66]. Y en *The Law of Peoples* -a su vez- rehúsa extenderlo al ámbito internacional[67].

9

La etapa definitiva de la teoría de Rawls se encuentra en su último libro, *Justice as Fairness. A Restatement,* aparecido en 2001[68]. En él Rawls permite nuevamente la comparación entre sus principios de justicia y un principio utilitarista robustecido, concretamente

> *un principio de utilidad promedio combinado con un mínimo social adecuado...Un mínimo debe ser incluido porque las partes insistirán siempre en algún seguro de ese tipo... La estructura básica, entonces, debe ser organizada de manera de maximizar la utilidad promedio de un modo consistente, primero, con garantizar las libertades básicas iguales...y la igualdad equitativa de oportunidad, y segundo, con mantener un mínimo social adecuado*[69].

Rawls encuentra de inmediato objeciones a este principio, que llama el principio de la *utilidad restringida*. Ante todo, resalta su indeterminación, puesto que se requiere una unidad de medida interpersonal, que pueda ser reconocida por todos como razonablemente confiable. Compara esta indeterminación con su propio índice de bienes sociales primarios, que considera mucho más preciso. Para evitar este inconveniente, voy a proponer en la sección III que se relacione estrechamente la utilidad con los recursos.

En segundo lugar, Rawls observa que

> *el principio de utilidad requiere más de los menos aventajados de lo que el principio de diferencia requiere de los más aventajados*[70].

Y en tercer lugar, aduce que el principio de la utilidad restringida exige un mínimo social, que también es difícil de precisar, al contrario de lo que ocurre con el principio de diferencia, en el cual el mínimo común deriva de la idea de reciprocidad[71].

Respecto del criterio maximin Rawls vuelve a insistir con la idea expuesta en el trabajo estudiado en el apartado 6, esto es, que este criterio y el principio de diferencia son dos cosas muy distintas, y que

---

[66] JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pags.228/229 y 237.

[67] JOHN RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pags.116/117.

[68] JOHN RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2001.

[69] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 120.

[70] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 127.

[71] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pags. 127 y 130.

> *al argumentar por el principio de diferencia por sobre otros principios distributivos...no hay ninguna apelación a la regla maximin para decidir bajo incertidumbre. La difundida idea de que el principio de diferencia depende de una extrema aversión a la incertidumbre es un error...*[72]

También aclara que nunca propuso al criterio maximin como principio general de la decisión racional para todos los casos de riesgo e incertidumbre[73]. El maximin sólo es útil

> *dadas las condiciones altamente especiales, en realidad únicas, de la posición originaria...*[74]

Y respecto de esas condiciones, Rawls insiste con los rasgos que identifiqué en el apartado 5, aunque no cree ahora que sea necesario que esas tres condiciones estén totalmente satisfechas, puesto que se centra en la tercera condición (los graves riesgos que la situación envuelve) y dice que

> *si la tercera condición se obtiene completamente, esto alcanza para que el maximin entre en juego, siempre que el nivel garantizado sea razonablemente satisfactorio*[75].

Incluso sostiene que

> *no es esencial para las partes el emplear el criterio maximin en la posición originaria. Es simplemente un diseño heurístico útil*[76].

¿Cómo saber si se cumple la segunda condición, esto es, si el mínimo garantizado es realmente satisfactorio? Rawls cree que, en condiciones razonablemente favorables, la realización completa de sus principios de justicia permitirá alcanzar ese mínimo[77]. Es menos optimista, en cambio, con el cumplimiento de la primera condición, esto es, que el cálculo de probabilidades sea imposible de practicar. Reconoce que esta condición

> *plantea puntos dificultosos en la teoría de la probabilidad que tenemos que tratar de evitar en la medida de lo posible. Así, estipulamos que el conocimiento, y las creencias bien fundadas acerca de las probabilidades, deben estar basadas al menos en algunos hechos establecidos, o creencias bien fundadas acerca del mundo. Esto se ajusta a cualquier interpretación de la probabilidad, excepto un subjetivismo general (o Bayesiano)*[78].

---

[72] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 43.

[73] Estas dos últimas afirmaciones permiten sospechar que Rawls está aquí ientificando dos cosas muy distintas: la elección en condiciones de riesgo y la elección en condiciones de incertidumbre, las que requieren criterios diferentes de elección. Veremos el tema en la sección II.

[74] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 97.

[75] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 99.

[76] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 99.

[77] RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., pag. 99.

[78] RAWLS, *Justice as Fairness, A Restatement*, cit., pag. 101.

10

Esto es todo lo que hay de importancia en el pensamiento de Rawls de los últimos cuarenta y cinco años acerca de los temas que estoy estudiando. Es bueno detenerse un momento, entonces, y realizar un inventario de lo visto hasta ahora.

Rawls, en sus primeros trabajos, comienza atacando al utilitarismo, sea en su versión clásica, sea sin distinguir entre las distintas versiones posibles. En *A Theory of Justice* cambia el objetivo de su crítica y lo concentra en la teoría de la utilidad promedio. En su último libro, finalmente, acepta robustecer la teoría utilitarista, complementándola con un respeto por las libertades básicas y por la igualdad equitativa de oportunidades, en lo que él llama el principio de la utilidad restringida (al que también ataca).

En lo que sigue, entonces, procederé del siguiente modo: voy a aceptar que el principio utilitarista podría complementarse con los principios rawlsianos de la protección de las libertades básicas y de la igualdad de oportunidades, y voy a comparar entonces -directamente- al principio de la utilidad promedio con el principio de diferencia.

Como dije en el apartado 8, prefiero concentrarme en el debate original entre Rawls y los utilitaristas, esto es, en qué principio de justicia distributiva van a elegir los participantes de la situación originaria como fundamento de las instituciones básicas de la sociedad. Pero es bueno mostrar que, con el suplemento que Rawls admite para el principio de la utilidad promedio, el utilitarismo también estaría en condiciones de dar debate dentro del marco de una democracia constitucional. Si no discuto específicamente en este terreno es sólo porque creo que última la limitación rawlsiana, como ya dije, constituye un empobrecimiento del debate teórico.

En un comienzo los principios de justicia se aplicaban a instituciones ya establecidas, pero a partir de 1967 (ver apartado 3) se aplican a la estructura básica de la sociedad. Así entenderé el debate entre el principio de diferencia y el principio de la utilidad promedio.

En la etapa inicial de la teoría de Rawls las partes conocen sus propios intereses. Recién en su trabajo de 1967 (apartado 3) se postula que las partes no conocen su posición en la sociedad, y a partir de allí se mantiene el velo de ignorancia en los trabajos posteriores. Para que el principio de diferencia tenga una oportunidad frente al principio de la utilidad promedio estoy obligado a respetar el diseño rawlsiano del velo de ignorancia. De este modo, la situación de elección es una en que se elige en condiciones de incertidumbre, y el criterio maximin aparece así como un principio posible de adoptar por las partes.

Estoy suponiendo que el criterio maximin, aplicado en la situación de incertidumbre, se reproduce en el principio de diferencia que las partes eligen

como resultado de haber aplicado el criterio maximin. Rawls es ambiguo respecto de este tema (ya hemos visto que incluso lo es -a veces- respecto de la necesidad de adoptar el criterio maximin como argumento para elegir al principio de diferencia).

En un comienzo, el principio de diferencia exigía que las desigualdades resultaran en beneficio de todos los individuos afectados por ellas. A partir de su trabajo de 1967, Rawls comienza a hablar de las expectativas de los menos aventajados, y la formulación se repite ("para el mayor beneficio de los menos aventajados") en *A Theory of Justice*.

En su trabajo de 1974 (apartado 6), sin embargo, rechaza la identificación del criterio maximin con el principio de diferencia, aunque en su réplica a Alexander y Musgrave (apartado 7) denomina al principio de diferencia "el criterio maximin". En su trabajo de 2001(apartado 9), por último, vuelve a insistir en que el argumento en favor del principio de diferencia no se basa en ninguna apelación al criterio maximin,.

El criterio maximin nos dice que elijamos entre las distintas alternativas disponibles teniendo en cuenta el peor resultado que puede producirse, y tratando que él resulte el mejor posible. El principio de diferencia, a su vez, nos dice que elijamos aquella distribución de recursos en la cual el peor resultado es el mejor posible. El principio de diferencia, elegido después de haberse aplicado el criterio maximin, dice entonces lo mismo que el propio criterio maximin. Todo esto parece ser algo más que una simple coincidencia *post hoc*, por lo cual podría decirse que el principio de diferencia dice lo que dice como consecuencia de haberse elegido en la posición originaria en base al criterio maximin. Si hay dudas sobre la adecuación de elegir en base al criterio maximin, supongo que habrá dudas también sobre el principio de diferencia.

Por eso mismo en la sección II me concentro en examinar la solidez de los argumentos para optar por el criterio maximin. Lo que quiero analizar allí es el criterio maximin como base para optar por el principio de diferencia. Acepto -como he dicho en la Introducción- que es posible construir argumentos en favor del principio de diferencia que no partan de la posición originaria, y prescindan -así- del criterio maximin. Pero no estoy interesado aquí en ellos, sino en averiguar si el argumento que Rawls mismo construye resulta vulnerable.

Sección II. La plausibilidad del criterio maximin

1

Para evaluar al criterio maximin, voy a comenzar distinguiendo entre las situaciones de riesgo y las situaciones de incertidumbre. La diferencia entre ambas depende del conocimiento de las probabilidades. Cuando una

acción conduce a un conjunto de resultados posibles, y cada resultado ocurre con una probabilidad que es conocida por quien debe adoptar la decisión, estamos en presencia de una situación de riesgo. Cuando una acción conduce a un conjunto de resultados posibles, pero las probabilidades de estos resultados son completamente desconocidas, estamos en presencia de una situación de incertidumbre[1]. (En la *Conclusión* mostraré que la adopción del criterio de elección puede ayudar a convertir una situación de incertidumbre en una de riesgo).

Hay, por supuesto, distintos tipos de probabilidades. Supongamos que nos encontramos frente a una urna, en la cual sabemos que hay bolillas rojas y bolillas negras[2]. Mientras un individuo ignora los números de cada una de ellas, el otro sabe que la proporción es de tres bolillas rojas por cada una de las negras. Alguien podría sostener que para el primer individuo la probabilidad de extraer una bolilla roja es del 50%, mientras que para el segundo es del 75%, o alguien podría sostener -en cambio- que la probabilidad real es siempre la segunda, sólo que el primer individuo la desconoce.

Ahora supongamos que se nos permite mirar dentro de la urna, la cual contiene un gran número de bolillas, pero que no se nos permite contar las bolillas. En este caso tendremos una probabilidad estimada, que es diferente de estas dos situaciones: a) el desconocimiento total del número de las bolillas de cada color, y b) el conocimiento exacto del número de las bolillas de cada color.

Hay entonces tres tipos distintos de situaciones de probabilidad:

a) La probabilidad *a priori*: es una clasificación absolutamente homogénea de instancias completamente idénticas, salvo por factores realmente indeterminados. b) La probabilidad estadística: es la probabilidad empírica de la frecuencia de asociación entre predicados. c) Las estimaciones: son aquellas en la cual no hay ninguna base válida para clasificar instancias.

En una situación de riesgo la distribución del resultado en un grupo de casos es conocida, sea a través del cálculo *a priori*, sea través de las estadísticas de la experiencia pasada. En una situación de incertidumbre, en cambio, es imposible formar un grupo de casos, porque la situación que enfrentamos es en alto grado única[3].

---

[1] R.DUNCAN LUICE & HOWARD RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, John Wiley and Sons, 1965, pag.13.

[2] Desarrollo este ejemplo, y la clasificación posterior de las probabilidades, a partir de FRANK H.KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1940, pags.218/219 y 223/225.

[3] KNIGHT, cit., pag. 233

De modo que el riesgo se refiere a situaciones en las cuales, si bien el resultado no tiene certidumbre, las probabilidades de los resultados alternativos son conocidas, o -al menos- pueden ser estimadas. En la incertidumbre, en cambio, los resultados ni siquiera pueden predecirse en términos probabilísticos[4].

2

La posición originaria rawlsiana es una situación de incertidumbre, en la medida en que los participantes carecen de certidumbre respecto de cuales serán sus circunstancias particulares dentro del marco institucional que se convenga[5].

El problema que enfrentan los contratantes en la posición originaria, entonces, no es análogo al problema que intenta resolver la teoría de los juegos en situaciones de riesgo[6]. En un juego de riesgo, por ejemplo, podríamos suponer razonablemente que tenemos una probabilidad de 60/30 de convertirnos en una figura importante dentro de una sociedad, dada una elección particular de principios de gobierno. Pero para efectuar este cálculo debemos poseer un conocimiento mayor del que nos autoriza la teoría rawlsiana. En consecuencia, no podemos emplear en la posición originaria los criterios aptos para elegir en condiciones de riesgo, sino que debemos utilizar alguno de los criterios que guían la elección en condiciones de incertidumbre. (Luego veremos, sin embargo, que algunos autores piensan que el criterio maximin es más apto para elegir en situaciones de riesgo que en situaciones de incertidumbre).

Si las situaciones de riesgo e incertidumbre son diferentes, entonces es posible que la aversión al riesgo pueda operar de manera independiente a la aversión a la incertidumbre. Los contratantes de Rawls, en consecuencia, estarían inclinados a tratar a la incertidumbre de un modo distinto a la que lo harían si fuera un riesgo conocido, y sería difícil capturar la aversión a la incertidumbre en términos de la aversión al riesgo[7]. Veremos luego si esta posición puede ser defendida.

---

[4] WILLIAM J.BAUMOL, *Economic Theory and Operational Analysys*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1961, pag. 368.

[5] JOHN C.HARSANYI, "Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality?. A Critique of John Rawls's Theory", *The American Political Science Review*, vol.69 (1975), pag. 594.

[6] Sigo a GAIL CORRADO, "Rawls, Games and Economic Theory", en H.Gene Blocker & Elizabeth H.Smith (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice*, Athens, Ohio University Press, 1980, pags. 84/85.

[7] SUSAN HURLEY, *Natural Reasons*, Oxford University Press, 1989, pags. 373/375.

Pero una cosa es reconocer que la posición originaria describe una situación de incertidumbre, y otra –muy distinta– es aceptar que esta es la descripción adecuada de la situación más propicia para elegir principios equitativos de justicia. En otras palabras: ¿es necesario un velo de ignorancia tan espeso como el que Rawls propone? Por supuesto que, en la práctica, los contratantes tendrán siempre alguna información, siquiera sea meramente parcial, acerca del estado de cosas verdadero[8]. Pero esta no es una objeción adecuada al diseño sugerido por Rawls, puesto que él no pretende describir ninguna situación real, sino una situación hipotética que nos permita elegir los principios de justicia. Es adecuado preguntarse, entonces, si los participantes no podrían llevar a cabo esta tarea incluso dotados de una mayor información.

Supongamos que Adán y Eva deben acordar principios de justicia para la vida en sociedad[9]. Es posible sostener que Rawls les permite un alto grado de conocimiento acerca del tipo de instituciones burguesas, que son las corrientes en las democracias occidentales, tipo de sociedad que Rawls tiene precisamente en cuenta para establecer el ámbito de sus principios de justicia. Si este conocimiento es exhaustivo, y se lo hace explícito, entonces lo único que debería mantenerse oculto a Adán y Eva en la posición originaria son sus respectivas identidades. Pero si esto es todo lo que el velo de ignorancia oculta, es muy difícil predecir que Adán y Eva van a emplear el criterio maximin como regla de elección: casi con toda certeza, ellos preferirían optar por la utilidad promedio.

Repito entonces la misma pregunta que formulé más arriba: ¿no podrían Adán y Eva arribar a principios equitativos de justicia sólo con el desconocimiento de sus propias identidades? Pero si sólo desconocieran sus identidades, es muy claro que ellos podrían realizar un cálculo probabilístico antes de elegir los principios de justicia, y esto es lo que Rawls lucha precisamente por evitar.

3

En realidad, el velo de ignorancia podría obligar a dejar de lado información que consideraríamos, sin embargo, como éticamente relevante. Imaginemos el siguiente caso[10]: una sociedad compuesta exclusivamente

[8] LUCE & RAIFFA, cit., pag.199.

[9] Tomo el caso de KEN BINMORE, *Playing Fair*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1994, págs. 328 y 332.

[10] El ejemplo es de PETER A.DIAMOND, "Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparison of Utility: Comment", *The Journal of Political Economy*, vol.75, number 5 (October 1967), págs. 765/766.

por dos individuos, A y B, debe elegir entre dos alternativas disponibles, en cada una de las cuales pueden ocurrir con igual probabilidad dos estados de cosas, x e y. En la primera alternativa, si ocurre x A se queda con 1 y B con 0, mientras que si ocurre el estado de cosas y, también A se queda con 1 y B con 0. En la segunda alternativa, en cambio, si ocurre el estado de cosas x A se queda con 1 y B con 0, pero si ocurre el estado de cosas y, A se queda con 0 y B con 1.

Ahora bien: parece que la segunda alternativa es más equitativa que la primera, puesto que le otorga alguna probabilidad a B de disfrutar de esa unidad de recursos que está en juego. Pero si quienes van a elegir no saben si van a ser A o B -esto es- en condiciones de ignorancia, las dos alternativas son éticamente similares. Esto es obvio para un rawlsiano, puesto que el individuo peor situado en ambas alternativas está en una posición igual, ya que se queda siempre con 0 unidades de recursos. El velo de ignorancia, entonces, nos priva de una información relevante para adoptar una decisión ética. Es por eso que Barry se pregunta:

> *¿Puede ser racional abrazar un principio que desperdicia tanta información prima facie relevante, tal como el ingreso promedio per capita, el grado de dispersión alrededor del medio, la distancia entre los de arriba y los de abajo, etc.?*[11]

Y es una pregunta a la que Rawls no da una respuesta adecuada.

4

Pero aceptemos el grado de ignorancia de las partes tal como Rawls lo ha construido, y aceptemos -en consecuencia- que las posición originaria es un caso de elección en condiciones de incertidumbre. Es fácil advertir que esta ya es una concesión importante, puesto que no es en modo alguno obvio que sea necesaria una situación de incertidumbre para que los principios de justicia elegidos por las partes resulten equitativos. Aun aceptando esto, sin embargo, todavía no se sigue automáticamente que las partes contratantes van a emplear el criterio maximin como regla de elección, puesto que no es el único criterio disponible para adoptar decisiones en condiciones de incertidumbre. Lejos de ello.

Hay en realidad cinco reglas para adoptar estrategias en situaciones de incertidumbre: a) el maximin; b) el maximax; c) el criterio de Hurwicz; d) el criterio de Bayes, y e) la regla del arrepentimiento minimax.

Si usted no tiene ninguna idea de la probabilidad de los resultados, y puede encontrarse en dificultades en caso de elegir la alternativa equivo-

[11] BRIAN BARRY, *The Liberal Theory of Justice*, cit., pag. 87.

cada, el maximin ciertamente minimiza sus pérdidas, puesto que elige la estrategia que ofrece el pago mínimo más alto[12].

El criterio maximax es exactamente el opuesto al maximin: considera sólo el mejor resultado que ofrece cualquier alternativa, y no toma en cuenta ninguna otra contingencia. El participante elige la alternativa cuyo premio sea mayor, no importando los peligros adscriptos a los valores relativos de los otros premios y castigos[13]. El maximin puede describirse como una estrategia para pesimistas, mientras que el maximax contaría como una estrategia para optimistas incurables[14]. Y se necesita algún argumento adicional para llegar a la conclusión de que, en esas circunstancias de incertidumbre, es más racional ser pesimista que optimista[15].

El criterio de Hurwicz trata de evitar las deficiencias que provienen de aplicar los dos criterios anteriores, y sopesa el premio mínimo y máximo de cada una de las alternativas disponibles. Nos dice que para efectuar una elección razonable debemos mirar ambos extremos, el mejor y el peor, y que deberíamos elegir la estrategia que nos ofrece el promedio esperado más alto del resultado mejor y peor bajo una estrategia particular, después de una estimación subjetiva de esos extremos[16].

El criterio de Bayes dice que, una vez admitido que ignoramos las probabilidades reales, debemos tratar a todos los resultados como si ellos fueran igualmente probables. Si se carece completamente de información acerca de las probabilidades relativas de las diferentes estrategias disponibles, debemos asignar probabilidades iguales a todas ellas en nuestros cálculos, y adoptar la estrategia cuyo premio sea mayor. El criterio se basa, entonces, en la equiprobabilidad de los resultados desconocidos[17].

La regla del arrepentimiento minimax, por último, fue propuesta por Savage y se concentra en el costo de oportunidad de una decisión incorrecta, protegiendo a quien realiza la elección del costo excesivo del error. Lo que es relevante para la adopción de decisiones, de acuerdo a esta regla, es cuán grande sería el error que podríamos cometer si elegimos la alternativa

---

[12] CORRADO, cit., pag. 86.

[13] BAUMOL, cit., pag. 371.

[14] CHANDRAN KUKATHAS & PHILIP PETTIT, *Rawls,. A Theory of Justice and its Critics,* Cambridge, Polity Press, 1990, pag. 39.

[15] BARRY, cit., pag. 91.

[16] CORRADO, cit., pag. 87; BAUMOL, cit., pag. 371.

[17] CORRADO, cit., pags. 88/89; BAUMOL, cit., pag. 372. Wald cree que existe una íntima conexión entre las soluciones bayesianas y el criterio maximin (que él llama minimax). Bajo ciertas restricciones débiles, Wald cree que una solución minimax es una solución bayesiana relativa a la distribución a priori menos favorable. ABRAHAM WALD, *Statistical Decision Functions*, New York, John Wiley & Son, 1950, pags. 18 y 91.

equivocada[18]. Supongamos que enfrentamos dos alternativas posibles, A1 y A2, cada una de ellas -a su vez- con dos estados de cosas posibles, S1 y S2. Los resultados son los que siguen:

	S1	S2
A1	0	100
A2	1	1

El criterio maximin nos indica que debemos elegir la alternativa A2, porque ella tiene el mejor resultado posible entre los peores que podríamos afrontar. Savage diseña una tabla distinta, que computa los costos del error en ambas situaciones. La tabla muestra lo siguiente (medido en términos de riesgo de arrepentimiento):

	S1	S2
A1	1	0
A2	0	99

esto es: si ocurre el estado de cosas S1, no tenemos ningún riesgo en caso de haber elegido A2, pero sí corremos un pequeño riesgo en caso de haber elegido A1. En cambio, si ocurre el estado de cosas S2, no corremos ningún riesgo si hemos elegido A1, pero corremos un gran riesgo si hemos elegido A2. A1 minimiza entonces el máximo riesgo[19].

Es interesante advertir que, aunque conducen en este caso al resultado exactamente opuesto, tanto el criterio maximin como el del arrepentimiento minimax de Savage son criterios que responden a la misma ideología, esto es, son criterios sumamente conservadores.

5

De todos estos criterios hay uno, obviamente además del criterio maximin, que creo necesario analizar con mayor detenimiento: el criterio de Bayes. El motivo es muy sencillo: la regla bayesiana conduce a proponer la maximización de la utilidad esperada como criterio para elegir en situaciones de incertidumbre[20].

El criterio de Bayes tiene su antecedente en el Principio de la Razón Insuficiente, formulado por primera vez por Jacob Bernoulli en el siglo XVII[21]: si no existe evidencia que nos conduzca a creer que uno de los

[18] CORRADO, cit., pag. 89; BAUMOL, cit., pag. 374.

[19] LUCE & RAIFFA, cit., pags. 279/280.

[20] HARSANYI, cit., pag. 594.

[21] KENNETH J.ARROW, "Alternative Approaches to the Theory of Choice in Risk-Taking Situations", *Econometrica,* vol.19, number 4 (October 1951), pags. 412/413 y 417).

eventos de un conjunto exhaustivo de eventos mutuamente excluyentes tiene más probabilidad de acontecer que otro, entonces los eventos deberían ser considerados como igualmente probables. En realidad, incluso tras un velo de ignorancia tan espeso como el que Rawls diseña, los participantes en la posición originaria todavía podrían razonar que -ante su ignorancia total- deberían asignarse a sí mismos una probabilidad igual de terminar en cualquier posición en la sociedad elegida, aplicando así el Principio de la Razón Insuficiente. Si esto fuera imposible, nada impediría que concluyéramos en que no hay *ninguna* base de elección racional en la posición originaria,[22] ni siquiera el criterio maximin.

Consideremos este caso:[23] un jugador sabe que él es uno entre *m* jugadores, pero no sabe cuán grande es el número *m*. Sabe que estos *m* jugadores, incluyendo a sí mismo, ya están organizados en una sociedad, y que todos los miembros adultos -y sólo ellos- son parte en el juego. Sabe también que la división relevante de la sociedad que estamos considerando es entre personas individuales. De modo que hay *m* jugadores, donde cada uno de ellos es una de las *m* personas que habitan en esa sociedad. La cuestión a considerar es cómo serán distribuidos los bienes sociales primarios entre esas *m* personas, sabiendo que en cada una de las sociedades S a las que el jugador puede realmente pertenecer hay un rudimento de estructura de clase, o forma de distribución, que él conoce. Parece que no hay una buena razón para que un jugador no suponga que él tiene una chance de 1/*m* de ser cada una de las *m* personas de la sociedad. En ese caso, el criterio a aplicar es la regla bayesiana, y lo que el jugador debe buscar es la sociedad -entre aquellas que están disponibles- que maximice la utilidad promedio.

Por otra parte, el criterio de Bayes parece ser el único que no desperdicia información relevante para los jugadores. Consideremos este caso:[24] hay tres situaciones que es posible que acontezcan (llamémoslas C,D y E) y, para enfrentarlas, están a nuestra disposición dos alternativas (llamémoslas A y B). Los resultados posibles son:

	C	D	E
A	100	2	1
B	99	98	0

Si el jugador emplea la estrategia A su peor resultado posible es 1 (que es lo que recibirá si ocurre la situación E), mientras que si emplea la estrategia B su peor resultado posible es 0 (que es lo que recibirá si, otra vez, ocurre B).

[22] KUKATHAS & PETTIT, cit., pag. 40; BARRY, cit., pag. 92.

[23] CORRADO, cit., pags. 166/167.

[24] BAUMOL, cit., pags. 370/372.

El criterio maximin le dice, claramente, que elija la alternativa A, porque es la que le ofrece el mejor de lo que sería el peor de los resultados posibles. Para brindar este consejo el criterio maximin ha examinado sólo la peor posibilidad en cada fila, y ha descartado por completo todos los demás resultados de la tabla. El jugador examina el nivel de seguridad de cada estrategia disponible, y selecciona la estrategia con el máximo nivel de seguridad, esto es, la estrategia con el máximo resultado mínimo. Y al realizar este cálculo el jugador deja de lado todos los restantes resultados, ignorando su magnitud y su distribución[25].

El criterio maximax también descartaría gran parte de la información de la tabla. En efecto: consideraría sólo el mejor resultado posible que ofrecen las diferentes alternativas, y descartaría todo el resto de la información.

El criterio de Bayes, como ya he dicho, indica que si carecemos de información acerca de las probabilidades de las situaciones A, B y C, debemos asignar a todas ellas probabilidades iguales, y elegir la alternativa cuyo premio sea mayor. En el ejemplo que nos ocupa, la alternativa A se evalúa como:

1/3 de 100, más 1/3 de 2, más 1/3 de 1 = 341/3.

A su vez la alternativa B se evalúa como:

1/3 de 99, más 1/3 de 98, más 1/3 de 0 = 65 2/3.

A diferencia del maximin y del maximax, entonces, el criterio bayesiano ubica a B por sobre A. Y lo hace -precisamente- porque es el único de los tres criterios que toma en cuenta toda la información disponible[26].

6

El criterio de Bayes, como se ve, aparece como una alternativa muy aceptable para utilizar en casos de elección en condiciones de incertidumbre. No todas las personas, sin embargo, se encuentran atraídas por la idea de asignar una probabilidad igual a las alternativas disponibles, cuando objetivamente esa probabilidad se ignora. Es decir, no todas las personas quieren tratar a las situaciones de incertidumbre como si fueran situaciones de riesgo. Veamos este experimento:[27] supongamos que usted está enfrente de dos urnas que contienen bolillas rojas y negras, de las cuales una bolilla será extraída al azar. Votar "rojo 1", por ejemplo, significa que usted elige extraer la bolilla de la urna 1, y que recibirá un premio de $100 si extrae una bolilla roja, y $ 0 si extrae una bolilla negra ("rojo 2", a su vez, es la

[25] BAUMOL, cit., pag. 371.

[26] BAUMOL, cit., pag. 372.

[27] Diseñado por DANIEL ELLSBERG, "Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms", *Quarterly Journal of Economics*, vol.75, (1961), pag. 651.

misma operación repetida en la urna 2). La información que usted tiene es la siguiente: la urna 1 contiene 100 bolillas rojas y negras, pero en una proporción completamente desconocida para usted. En la urna 2, usted confirma que hay exactamente 50 bolillas rojas y 50 bolillas negras. Un observador trata de medir sus probabilidades subjetivas interrogándolo acerca de sus preferencias en los siguientes pares de juegos:

1: ¿Qué prefiere usted apostar, "rojo 1", o "negro 1", o es usted indiferente?
2: ¿Qué prefiere apostar, "rojo 2" o "negro 2"?
3: ¿Qué prefiere apostar, "rojo 1" o "rojo 2"?
4: ¿Qué prefiere apostar, "negro 1" o "negro 2?

El resultado del experimento reveló que la mayoría de la gente es indiferente en los dos primeros casos, pero que -en los dos últimos- prefiere "rojo 2" a "rojo 1" y "negro 2" a "negro 1". (651) Si creyéramos realmente en la equiprobabilidad -sin embargo- también deberíamos ser indiferentes en los dos últimos casos.

Según las respuestas de los participantes del experimento, su falta de indiferencia en los dos últimos casos se debe precisamente a la naturaleza de nuestra información respecto de la probabilidad relativa de los eventos. Hay quienes sostienen[28] que no hay nada de irracional en esta actitud: que un individuo no necesita ser irracional para preguntarse a sí mismo, en el caso de una pérdida eventual de dinero que él enfrenta, si él resultaría compensado en el caso de haber perdido por el conocimiento de que podría haber obtenido en cambio una ganancia. Porque cuando el juego concluye, el jugador no termina con una expectativa matemática, sino con un nivel de bienes más alto o más bajo[29].

El estado mental del individuo que acepta la equiprobabilidad podría ser descripto de esta manera: él comienza reconociendo que ignora mucha de la información potencialmente disponible. El jugador cree que la probabilidad de que salga una bolilla roja se encuentra entre 0,7 y 0,3, y la probabilidad de que salga una bolilla negra está entre 0,3 y 0,7. Por supuesto que el jugador necesita guías adicionales correctas para acortar esa brecha. Aquí lo ayuda entonces el test de la equiprobabilidad, que le induce a asignar un 0,5 de probabilidad a la bolilla roja y un 0,5 de probabilidad a la bolilla negra, pero el test logra esto sólo porque el jugador ya asigna una probabilidad de entre 0,3 y 0,7 a la extracción de la bolilla roja y a la extracción de la negra. Esta circunstancia hace que el jugador resulte indiferente entre una y

[28] Por ejemplo WILLIAM FELLNER, "Distortion of Subjective Probabilities as a Reaction to Uncertainty"; *Quarterly Journal of Economics*, vol. 75 (1961).

[29] FELLNER, cit., pags. 681/682.

otra probabilidad[30]. Pero esto, obviamente, no equivale a *saber* que la urna contiene un 0,5 de bolillas rojas y un 0,5 de bolillas negras, lo que explica la actitud renuente de los participantes del experimento .

El jugador podría arribar a la equiprobabilidad de dos maneras: a)en base a la información a priori que posee, o b) en ausencia de una información tal, por consideraciones de simetría que lo conducen al principio de la razón insuficiente[31].

¿Refuta el experimento que he descripto la concepción subjetiva de la probabilidad, tal como ella está representada, por ejemplo, en la teoría de Savage? En realidad no parece hacerlo, porque la teoría en cuestión no describe -ni tampoco predice- el comportamiento de los individuos, sino que sólo pretende aconsejar cómo deberían comportarse los individuos en determinadas situaciones, lo que hace que la teoría sea prescriptiva, y no descriptiva[32]. Raiffa considera el experimento de Ellsberg que acabamos de ver y propone lo siguiente: supongamos que uno extrae una bolilla de la urna 1 (de composición desconocida), y no mira su color. A continuación, arroja una moneda al aire y llama "rojo" a cara y "negro" a seca. Ahora la probabilidad es del 50% y es tan deseable participar del juego de la urna 1 como participar del juego de la urna 2[33], lo que muestra que es posible transformar una situación de incertidumbre en una de riesgo. (Como ya dije, voy a sostener en la *Conclusión* que es también posible efectuar esa transformación adoptando determinados criterios de elección).

El criterio bayesiano, entonces, no es tan fácilmente descartable como regla de elección en situaciones de incertidumbre. Pero dejémoslo por el momento, sin embargo, y veamos qué reacción provoca entre sus comentaristas la adopción del criterio maximin.

7

He optado por comenzar por los comentarios elogiosos. Susan Hurley plantea el problema de esta manera: Rawls se opone al uso del Principio de la Razón Insuficiente como criterio de elección en las condiciones de ignorancia en la cual se encuentran los participantes en la posición originaria. Porque si lo aceptara, desde luego, los participantes deberían suponer

---

[30] FELLNER, cit., pag. 679.

[31] Para el caso a), pongo el ejemplo de Fellner. Para el caso b), sigo a MICHELE COHEN & JEAN-YVES JAFFRAY, "Rational Behaviour under Complete Ignorance", *Econometrica,* vol.48, number 5, July 1980, pag.1281.

[32] HOWARD RAIFFA, "Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms: Comment", *Quarterly Journal of Economics*, vol.75, (1961), pag. 690.

[33] RAIFFA, cit., pag. 693.

que cada uno de ellos tiene una probabilidad igual de ocupar cada una de las posiciones de la sociedad, y optarían entonces por elegir algunas de las variantes de la utilidad promedio. De modo que la tarea de Rawls consiste en mostrar que es una actitud racional el resistirse a la equiprobabilidad y -así- al principio de la utilidad promedio. Hurley cree, además, que Rawls debe llevar a cabo esta tarea sin suponer un grado particular de aversión al riesgo.

Para lograrlo, Hurley piensa que deben enfatizarse las diferencias que existen entre las situaciones de riesgo y las de incertidumbre[34]. Si una persona es obligada a elegir en condiciones de incertidumbre, puede optar por minimizar esa incertidumbre, independientemente de su aversión al riesgo: si no sabe quién será ella cuando se levante el velo de ignorancia, no tratará a la ignorancia de las probabilidades como un motivo para asignar probabilidades iguales a las alternativas disponibles[35]. La equiprobabilidad de las alternativas sería resistida, no como una consecuencia de la aversión al riesgo, sino como una consecuencia de la aversión a la incertidumbre.

Cuando no hay riesgos conocidos (probabilidades objetivas) relativos a bienes específicos, como ocurre en el caso de la posición originaria, entonces la adopción del criterio maximin puede aparecer como la posibilidad más cercana de evitar el problema de la incertidumbre. Supongamos que uno carece de toda información acerca de qué posición uno va a ocupar en la sociedad. En ese caso, optar por una distribución absolutamente igualitaria de la cantidad fija de bienes disponibles evitaría sin duda la incertidumbre.

Pero también puede evitarse la incertidumbre si la cantidad de bienes a distribuir no es fija. En este caso, sin embargo, el criterio maximin resulta superior a la igualdad absoluta, puesto que sólo permite desviaciones positivas respecto del mínimo cierto: las únicas sorpresas posibles son aquí las sorpresas agradables. La incertidumbre se reduce a saber si uno recibirá algo extra, y esta es ciertamente una desviación tolerable respecto de la certidumbre de un mínimo conocido[36].

También puede defenderse al principio maximin[37] recordando primero cuáles son las restricciones que impone Rawls acerca del conocimiento de los contratantes en la posición originaria. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que la sociedad se extiende hacia el pasado y hacia el futuro, que no se trata de

---

[34] HURLEY, cit., pags. 374/375.

[35] HURLEY, cit., pag. 376.

[36] HURLEY, cit., pags. 376/377.

[37] Como lo hace BINOD KUMAR AGARWALA, "In Defence of the Use of Maximin Principle of Choice under Uncertainty in Rawls' Original Position", *Indian Philosophical Quarterly,* vol.XIII, number 2, April/June 1986.

un juego de suma-cero, que sí se trata -en cambio- de un sistema de cooperación que promueve el bien de sus integrantes, y que los bienes a distribuirse no aparecen como el maná del cielo. Una vez que se aceptan estas estipulaciones, podría concluírse que el principio utilitarista no es aceptable, puesto que equivaldría a una privación sistemática de los individuos menos afortunados[38].

Porque el principio utilitarista parecería adecuado por su implícita suposición de que , mediante su aplicación consistente en cada ocasión de elección bajo incertidumbre, no es probable que el agente pierda en el largo plazo, puesto que no se espera que las chances estén sistemáticamente en su contra. El principio de la maximización de la utilidad -en consecuencia- resultaría atractivo cuando la decisión a adoptarse es una entre muchas, de modo que las pérdidas debidas a una decisión se compensarían con las ganancias de otras ocasiones. Pero en la posición originaria -en cambio- está en juego la calidad de la vida entera, y no hay una segunda oportunidad para los contratantes, por lo cual ellos -sostienen los rawlsianos- no aceptarían como guía el principio de la maximización de la utilidad esperada[39].

Gail Corrado también cree que el criterio maximin es una regla plausible para elegir principios de justicia en condiciones de incertidumbre. El uso del criterio maximin convierte al participante de la posición originaria en un conservador, que no puede jugar respecto de un principio de justicia que podría proporcionarle una cantidad mayor de bienes primarios precisamente porque él evita en extremo el riesgo. Pero este conservadorismo no es un requerimiento especial de Rawls respecto de los participantes de la posición originaria; en otras palabras, el conservadorismo no es una suposición adicional de Rawls, sino que una es consecuencia del tipo de elección que se ven obligados a realizar los seres racionales[40].

De todos modos, Corrado acepta explícitamente que el argumento en favor del principio de diferencia se basa en parte en la circunstancia de que el principio utilitarista no es compatible con el criterio maximin, por lo que la debilidad del criterio podría afectar la solidez del principio de diferencia.

Finalmente, otra manera posible de defender el criterio maximin consiste en apelar al costo de la información, sosteniendo que el maximin requiere menos información que el principio utilitarista. La idea opera de este modo[41]:

---

[38] AGARWALA, cit., pag. 161.

[39] AGARWALA, cit., pags. 168/169.

[40] CORRADO, cit., pag. 92.

[41] Sigo a CLAUDE D'ASPREMONT & LOUIS GEVERS, "Equity and the Informational Basis of Collective Choice", *The Review of Economic Studies* 44, pag.200. La idea de que el criterio maximin requiere menos información que el criterio de la utilidad promedio es rebatida por ALVIN K. KLEVORICK, "Discussion on Rawls´maximin criterion", *American Economic Review* 64 (1974), pags. 158/161.

si aceptamos la ordinalidad, y permitimos las comparaciones interpersonales de bienestar, entonces podemos comparar niveles de bienestar, pero no ganancias en bienestar. Si a todas las funciones de bienestar les imponemos un punto de partida común, y también una escala común, entonces desde luego que podemos comparar tanto niveles de bienestar cuanto ganancias en bienestar. Y si aceptamos que la escala es común, pero que el punto de partida puede variar, entonces podemos efectuar comparaciones interpersonales de ganancias en bienestar, pero no de niveles de bienestar.

Ahora bien: el criterio maximin requiere sólo comparaciones interpersonales ordinales, mientras que el principio utilitarista parece requerir comparaciones cardinales en las cuales la escala sea común, aunque el punto de partida pueda variar. Porque el utilitarismo necesitaría comparar ganancias en bienestar, aunque no necesite comparar niveles de bienestar, mientras el maximin necesita comparar niveles pero no ganancias. Por supuesto que las comparaciones cardinales son más complejas -y costosas- que las ordinales (las cardinales presuponen a las ordinales, pero no a la inversa). Sin embargo, una vez que se acepta que deben efectuarse comparaciones interpersonales, es posible que se exageren las diferencias de costo entre la ordinalidad y la cardinalidad, por lo cual esta sería una virtud ficticia del criterio maximin.

8

Lamentablemente para Rawls, sin embargo, los detractores del criterio maximin son más numerosos que sus defensores. Se ha sostenido, por ejemplo,[42] que el criterio maximin, entendido como regla para aplicar en condiciones de incertidumbre en la vida diaria, puede conducir a conclusiones absurdas, porque cualquier regla de elección sensata debería aconsejarnos tomar un pequeño riesgo para obtener un beneficio razonable[43]. Esta tal vez sea la crítica más usual al contenido del criterio maximin, pero voy a perseguirla con más detenimiento en las sección 10, en la cual me detendré a analizar la aversión al riesgo.

Hay una cerrada oposición al criterio maximin respecto de quienes sostienen[44] que en la posición originaria los contratantes optarían por elegir principios utilitaristas.Uno de los ejemplos que tienden a ilustrar esta idea[45] es el siguiente: supongamos que usted vive en la ciudad de New York y

[42] Como lo hacen KUKATHAS & PETTIT, cit.

[43] KUKATHAS & PETTIT, cit., pag. 41.

[44] Como lo hace HARSANYI, cit.

[45] El ejemplo es de Harsanyi, y puede argumentarse contra él que no reproduce las condiciones de la posición originaria.

le ofrecen simultáneamente dos trabajos. Uno es un trabajo tedioso y mal pagado en la propia ciudad de New York, mientras que el otro es un trabajo muy interesante y bien remunerado en Chicago. Pero si usted opta por el trabajo en Chicago, debe tomar un avión de New York a Chicago, puesto que el trabajo comienza al día siguiente. En consecuencia, hay una probabilidad pequeña -pero positiva- de que usted muera en un accidente aéreo. El criterio maximin, como ya sabemos, dice que se debe evaluar cada alternativa disponible en términos de la peor posibilidad que puede acontecer si se opta por esa alternativa. Por lo tanto, usted debe analizar la situación de esta forma: si elige el trabajo en New York el peor resultado posible es que usted tendrá un trabajo pobre y aburrido, pero seguirá vivo. (Hay que suponer aquí que las probabilidades de morir en un futuro cercano por otras razones que las de un accidente aéreo son iguales a cero, suposición que es aceptable si consideramos similares los riesgos cotidianos de New York y Chicago). En cambio, si usted elige el trabajo en Chicago, el peor resultado posible es morir en un accidente aéreo. Como el peor resultado posible en el primer caso es mucho mejor que el peor resultado posible en el segundo caso, (asumiendo que es peor morir que vivir pobre y aburrido), si usted sigue el criterio maximin no puede elegir el trabajo en Chicago bajo ninguna condición. Si sigue el criterio bayesiano, en cambio, lo que usted hará será asignar una probabilidad baja al accidente aéreo y -si está lo suficientemente interesado en él- aceptar el trabajo en Chicago[46].

Después de examinar este ejemplo, alejado -no obstante- de la posición originaria, Harsanyi se ocupa luego de la situación en la posición originaria misma. Aunque el participante en ella siga el criterio maximin y crea, así, que no está pensando en términos de probabilidades, en realidad podría decirse que -le guste o no- ese participante exhibe un comportamiento que equivale a asignar una probabilidad 1 (o casi 1) a la peor posibilidad en cada caso dado. Podrá ser renuente a otorgar probabilidades subjetivas a los eventos, pero -en todo caso- no puede evitar hacerlo.

Por otra parte, Rawls cree que las acciones de ese participante en la posición originaria serán más fáciles de justificar respecto de sus descendientes si esas acciones son consecuencia de haber elegido el criterio maximin y no la equiprobabilidad. Pero es posible que la situación sea la opuesta: la equiprobabilidad está justificada por el principio de indiferencia, mientras que el maximin equivale a asignar probabilidad 1 a la posibilidad de concluir siendo el individuo peor situado de la sociedad, sin ninguna justificación racional para una asignación tan alta de probabilidad[47].

---

[46] HARSANYI, cit., pag. 595.

[47] HARSANYI, cit., pag. 599.

Otra objeción posible al criterio maximin[48] parte de la idea de que los jugadores rawlsianos en el juego de la negociación son individuos cautelosos, conservadores, e incluso pesimistas, en sus cálculos[49]. Ese pesimismo tiene que decirle al jugador que suponga dos cosas: a) que estará en la mejor posición posible en el estado de naturaleza, y b) que estará en la peor posición posible cuando operen los principios de justicia que se han acordado para abandonar el estado de naturaleza.

Y hay un problemas obvio con esta propuesta: es razonable suponer que el individuo peor situado bajo los principios de justicia elegidos no estará tan bien como el individuo mejor situado en el estado de naturaleza, por lo cual la opción por el estado de naturaleza dominará a cualquier otra estrategia, y el resultado del juego rawlsiano será el del regreso al estado de naturaleza.

La única manera posible de arribar a algún principio de justicia consiste entonces en mitigar el pesimismo de las partes, y suponer que uno va a estar entre los peores, tanto en el estado de naturaleza cuanto bajo los principios adoptados. Pero Rawls enfrenta ahora otro problema, puesto que los participantes en la posición originaria no pueden estimar la probabilidad de ocupar una posición determinada en uno u otro sistema social gobernado por los principios disponibles, ni tampoco pueden determinar cuánto valdrían para ellos las recompensas de cualquier posición. La situación de elección -entonces- es simplemente indeterminada, por lo cual ni el maximin, ni ninguna otra regla de elección, tendría el menor sentido[05].

La crítica sostiene, en otras palabras, que el velo de ignorancia es tan espeso que de él no puede surgir el criterio maximin (sencillamente porque no puede surgir ningún principio de elección). Por lo tanto, si Rawls atribuye a los participantes en la posición originaria un conocimiento de los hechos básicos (lo cual resulta necesario para optar por algún criterio de elección) esto no hace sentido a menos que los participantes también sean capaces de realizar algunas estimaciones de posibilidad -aunque sean primitivas- acerca de la forma en que funciona una sociedad dada[51] (con lo cual ya no sería necesario optar por el criterio maximin, al desaparecer la situación de incertidumbre).

La última crítica que voy a examinar[52] parte de la base de que la circunstancia de que en la posición originaria no puedan estimarse las probabili-

---

[48] Que proviene de ROBERT PAUL WOLFF, *Understanding Rawls*, New Jersey, Princeton University Press, 1977.

[49] WOLF, cit., pag. 151.

[50] WOLFF, cit., pag. 161.

[51] WOLFF, cit., pag. 165.

[52] ALLEN BUCHANAN, "A Critical Introduction to Rawls' Theory of Justice", en Blocker & Smith (eds.), cit.

dades no es un argumento decisivo para optar por el maximin, ya que éste -como sabemos- no es el único criterio de elección disponible. Rawls mismo acepta esta circunstancia, y por eso refuerza su argumento explicando que a los participantes les importa poco lo que obtengan por encima de lo que el maximin les asegura. Pero esto -a su vez- implica comprometerse con una afirmación muy fuerte e implausible acerca de la utilidad marginal decreciente de la riqueza, del poder, y de otros bienes primarios abarcados por el principio de diferencia rawlsiano. Podría ser plausible suponer que existe algún nivel mínimo *m* de bienes tal que las ganancias por encima de *m* sean negligibles en valor si son comparadas con la disutilidad de caer por debajo de *m*. Pero de esto no se sigue que una vez que el mínimo está asegurado las partes van a ver como negligibles las ganancias que se encuentran por encima de él. Porque esta suposición, entre otras cosas, es incompatible con la tesis rawlsiana de que la posibilidad de que existan ganancias por encima del mínimo servirá como incentivo para obtener mayores logros en la estructura básica (para que la cantidad de bienes a distribuir no sea fija, en otras palabras). Si la caída en la utilidad marginal de las ganancias por sobre el mínimo es tan drástica, entonces no podría haber incentivos eficaces[53]. (Volveré luego sobre este tema).

9

Como puede verse, no faltan adversarios del criterio maximin como regla para elegir alternativas en situaciones de incertidumbre. Uno de los rasgos más objetados de la presentación de Rawls lo constituye su afirmación temprana de que deberíamos proceder como si nuestra posición en la sociedad fuera a ser elegida por nuestro enemigo, esto es, interpretar la situación de los participantes en la posición originaria como un juego de suma-cero, donde el decisor juega contra una naturaleza diabólica[54]. Es verdad que Rawls admite que la idea de que un oponente malévolo va a determinar nuestra posición en la sociedad es una premisa falsa, pero lo interesante es que el criterio maximin que él nos pide que aceptemos es análogo a adoptar esa suposición[55].

---

[53] BUCHANAN, cit., pags. 27/28.

[54] LUCE & RAIFFA, cit., pag. 279.

[55] KUKATHAS & PETTIT, cit., pag. 39.Es el mismo tipo de argumentación que emplea Wald, otro partidario del criterio maximin. Por una parte, reconoce que jugar contra la naturaleza no es lo mismo que participar de un juego de suma-cero entre dos personas, puesto que la naturaleza no desea maximizar nuestro riesgo. Pero, por la otra, sostiene que, puesto que la elección de la naturaleza es desconocida, tal vez no sea irrazonable comportarse como si ella deseara maximizar ese riesgo.WALD, cit., 1950, pag. 27.

La observación más certera respecto de esta interpretación de la posición originaria[56] recuerda que prácticamente todos los individuos considerarían sensato salir sin impermeable si la probabilidad de lluvia se encuentra por debajo de un cierto nivel, aunque de acuerdo al criterio maximin uno debería llevar siempre un impermeable si existiera alguna probabilidad de lluvia, aunque fuera remota. En realidad el caso es todavía más grave: deberíamos salir con impermeable especialmente si no pareciera haber *ninguna* probabilidad de lluvia...¡ porque este es exactamente el estado del tiempo que diseñaría nuestro enemigo para tentarnos a salir sin protección!

Porque una cosa es ser un individuo conservador y prudente, y otra -muy distinta- es ser un paranoico. Un individuo puede pedirle a su agente de Bolsa que le recomiende inversiones prudentes, pero no querría que su asesor trabajara sobre la hipótesis de que la Naturaleza es una fuerza malévola que no tiene tarea mejor que observar las inversiones de sus clientes con la intención de perjudicarlos[57]. El comportamiento en situaciones de incertidumbre puede ser interpretado -como ya he dicho- de manera análoga a un juego de suma-cero entre dos personas: un jugador es el individuo y el otro es la Naturaleza. Mientras el individuo elige la acción, la Naturaleza elige la hipótesis que va a convertirse en realidad. Pero esta idea está basada en la suposición de que el individuo enfrenta un oponente que posee un interés definido en reducir sus ganancias, y ese motivo difícilmente pueda ser atribuido a la Naturaleza. Supongamos que el individuo en cuestión puede elegir entre A1 y A2, y la Naturaleza puede optar entre H1 y H2. Si el individuo opta por A1 y ocurre H1, su utilidad sería 100, y si ocurre H2 sería 0. Si el individuo elige A2 y ocurre H1, su utilidad sería 1, que es la misma utilidad que obtendría si ocurre H2. Ahora bien: es verdad que el criterio maximin indica elegir A2, pero es difícil que pueda decirse que la Naturaleza elegirá deliberadamente H2 para privar al individuo de sus ganancias. Entonces, la seguridad de una pequeña ganancia no debería pesar más que la posibilidad de una gran ganancia[58].

Por eso existe una diferencia importante entre el caso de los juegos y el de la teoría de la decisión[59]. En la teoría de los juegos, tomando el caso del juego de suma-cero entre dos personas, hay un gran elemento de predecibilidad respecto del comportamiento de nuestro adversario: él va a hacer todo lo que pueda para oponerse a nosotros, y si conoce algún modo de reducir nuestra ganancia, puede contarse conque lo empleará. En la teoría de la de-

[56] Proviene de BARRY, cit., pags. 89/90.

[57] BINMORE, cit., pags. 318/319.

[58] El ejemplo es de ARROW, cit., pags. 429/430.

[59] Sigo el argumento de BAUMOL, cit.

cisión, en cambio, no puede decirse que el segundo jugador sea un *oponente*, puesto que suele pensarse que es la Naturaleza, y -como dije- nadie puede contar conque la Naturaleza va a oponérsele (en realidad no puede contar conque la Naturaleza haga nada en particular)[60].

Por eso mismo el criterio maximin es menos atractivo en teoría de la decisión que en teoría de los juegos, porque en esta última hay buenas razones para temer lo peor. Pero cuando nuestro oponente es la Naturaleza, en cambio, a la que no podemos considerar como un enemigo sistemático y calculador, el enfoque maximin se aproxima a una estrategia de cobardía, aunque aceptando que la cobardía no es siempre una manifestación de irracionalidad[61].

10

Uno de los problemas que concentra la atención de los opositores al criterio maximin es la actitud de aversión al riesgo que él parece exigir de los participantes de la posición originaria. Rawls, como hemos visto en la sección I, niega que esto sea así, pero algunos de sus críticos permanecen escépticos.

Hay quienes piensan, por ejemplo, que para aceptar la regla maximin deben combinarse dos elementos: a) la aversión al riesgo, y b) el desconocimiento de nuestras capacidades para generar recursos. Y aunque la aversión al riesgo no sea infinita, el maximin requiere que actuemos como si lo fuera. Pero una aversión al riesgo infinita es algo -a la vez- improbable y forzado, y si la aversión al riesgo fuera menos que infinita, el resultado del acuerdo de las partes respecto del criterio de elección en la posición originaria no sería la regla maximin[62]. Este es el dilema -entonces- que Rawls debería enfrentar.

También puede preguntarse, por ejemplo, en qué medida la aversión al riesgo tiene valor para la supervivencia del individuo. La respuesta probable es que una persona con una gran aversión al riesgo tiene menos poder de negociación, porque obviamente tiene menos deseos de arriesgar, para evitar que la negociación se rompa. En una sociedad en la cual la negociación sea un elemento importante, habrá fuertes presiones evolucionistas en contra de revelar preferencias de aversión al riesgo[63].

---

[60] BAUMOL, cit., pag. 369.

[61] BAUMOL, cit., pags. 370/371.

[62] R.A.MUSGRAVE, "Maximin, Uncertainty, and the Leisure Trade-Off", en *Quarterly Journal of Economics* 88 (1974), pags. 626/627.

[63] BINMORE, cit., pags. 325/326.

Debo recordar que, entre los argumentos que proporciona en favor de la adopción del criterio maximin, Rawls menciona que los participantes en la posición originaria encuentran satisfactoria la cantidad de recursos que obtienen como consecuencia de esta regla de elección, y les importa poco lo que podrían obtener por encima de ese mínimo. Ambas suposiciones -como ya he dicho- son implausibles. Primero, sería raro que la racionalidad y la naturaleza humana se combinaran para producir un umbral definido, uniforme para todas las personas y todas las circunstancias[64]. La segunda suposición, a su vez, es -*prima facie*- extraña: incluso si los individuos tienen un punto de saturación respecto de los bienes primarios, este punto debería ser mucho más alto que el mínimo que garantiza el criterio maximin[65]. Y estas dos suposiciones, que deben asumirse conjuntamente, han sido objeto de crítica en relación con la aversión al riesgo.

Porque, típicamente, si los agentes económicos son descriptos como individuos con decreciente aversión al riesgo a medida en que su riqueza crece, esto explicaría el incremento de la demanda individual de inversiones riesgosas en los agentes más ricos[66]. Esta circunstancia plantearía problemas para Rawls, quien -como vimos- defiende al criterio maximin sosteniendo -en pocas palabras- que los individuos no quieren más bienes primarios porque ya tienen lo suficiente. Pero si las necesidades mínimas están cubiertas, los individuos involucrados deberían ser menos aversos al riesgo. Es para evitar esta conclusión que Rawls insiste en agregar el requisito de que, si no optan por el maximin, el resultado podría ser trágico, asumiendo -entonces- que las necesidades básicas -contrariamente a lo que parecía - *no* están todavía garantizadas. Y la crítica señala que todas estas suposiciones son demasiado *ad hoc*, formuladas especialmente para que sólo pueda optarse por el criterio maximin.

Hay una frase de Marshall, sin embargo, que podría utilizarse en defensa de los argumentos combinados de Rawls. Para la gente común, dice Marshall

> *para quienes no tienen ambiciones fuertes..., un ingreso moderado, ganado mediante un trabajo moderado y estable, ofrece la mejor oportunidad para el crecimiento de aquellos hábitos del cuerpo, mente y espíritu, sólo en los cuales reside la verdadera felicidad*[67].

---

[64] JOSHUA COHEN, "Democratic Equality", *Ethics*, vol.99, number 4, pag. 734.

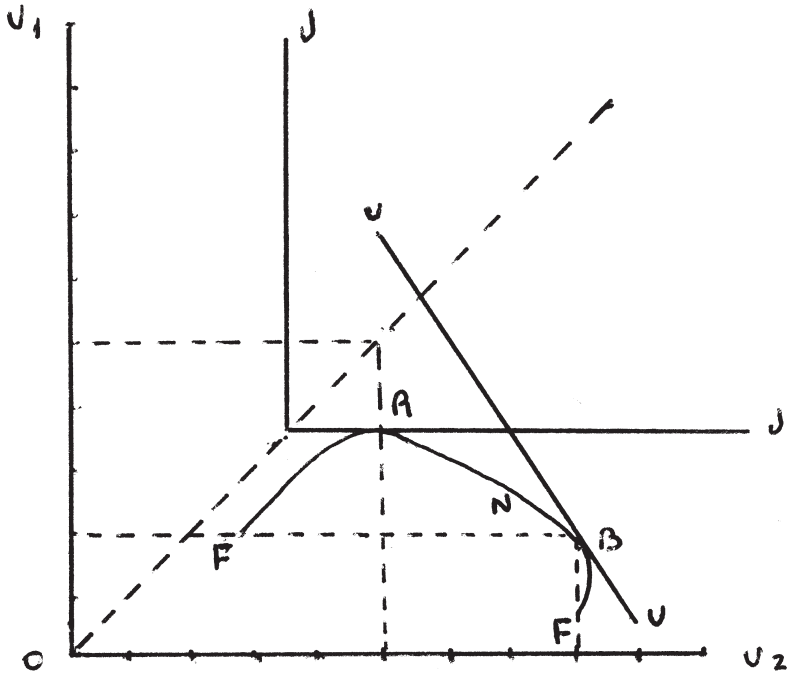
[65] BARRY, cit., pag. 105.

[66] DAVID M.KREPS, *Notes on the Theory of Choice*, Boulder, Westview Press, 1988, pag. 88.

[67] ALFRED MARSHALL, *Principles of Economics*, Amherts, NY, Prometheus Books, 1997, pag. 136.

También debe decirse, en defensa de Rawls, que algunos economistas consideran que la aversión al riesgo se incrementa con la riqueza, de donde se seguiría que cuando un individuo se vuelve más rico decrece la cantidad de inversiones riesgosas que él posee[68]. En realidad, debe concluirse en que no hay argumentos decisivos en favor de una u otra actitud: para algunos autores parece probable, por ejemplo, que muchos decisores piensen que ellos deberían pagar menos por seguros contra un riesgo dado cuanto mayores fueran sus bienes[69]. Pero si no hay argumentos decisivos en pro de una u otra actitud, tampoco -obviamente- puede surgir de aquí un argumento en favor del criterio maximin.

Dejo de lado este tema, entonces, y me concentraré en una manera gráfica de representar la aversión al riesgo, tal como ella está presente en la adopción del criterio maximin, como lo muestra la figura que sigue[70]:



[68] JACQUES H. DREZE & FRANCO MODIGLIANI, "Consumption Decisions under Uncertainty", *Journal of Economic Theory* 5 (1972), pag. 327.

[69] JOHN W. PRATT, "Risk Aversion in the Small and in the Large", *Econometrica*, vol. 32, (January/April 1964), pags. 122/123.

[70] Tomada, de EDMUND S.PHELPS, "Taxation of Wage Income for Economic Justice", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. LXXXVII (August 1973), number 3, pag. 334. Realicé algunas adaptaciones al cuadro en cuestión.

El cuadro describe una sociedad de dos clases, en la cual los efectos incentivadores de las medidas redistributivas determina la utilidad de las personas representativas a lo largo de la línea FF. En esa línea, el punto de vista rawlsiano selecciona R como punto de acuerdo, mientras que el criterio benthamita de sumar satisfacciones selecciona B. Phelps, que diseñó el cuadro que comento, señala que un individuo neutral respecto del riesgo seleccionaría a B como resultado. Un individuo con aversión al riesgo seleccionaría un punto a la izquierda de B, pero a la derecha de R. Sólo un individuo fóbico respecto al riesgo seleccionaría R, que es precisamente el punto rawlsiano[71]. Esto es verdad en la medida en que, mientras en el punto de acuerdo benthamita se distribuyen diez unidades de utilidad (ocho a una clase y dos a la otra) en el punto de acuerdo rawlsiano se distribuyen sólo 8 unidades y media (cinco unidades a una clase y tres y media a la otra).

Un extremo del cuadro, entonces, lo constituye la utilidad benthamita, y el otro extremo el criterio maximin. Tal vez el extremo benthamita deba ser rechazado, si estamos dispuestos a aceptar en algunos casos una reducción de la utilidad total a cambio de una mejor distribución de ella. Pero el extremo rawlsiano tal vez también debería ser rechazado en alguna oportunidad si es que pensamos que un incremento muy grande en la utilidad de los mejor situados autoriza a convertir a los peor situados incluso en un poco peor situados[72]. Aunque en la realidad debe reconocerse como muy probable que en los casos más importantes aquellas transferencias de recursos que satisfacen el criterio benthamita satisfagan también el criterio rawlsiano, en la medida en que son muy escasas las oportunidades de incrementar la utilidad total a través de un aumento de la desigualdad[73]. En la práctica, entonces,la teoría utilitarista produciría un resultado similar al que lograría el criterio maximin. En efecto: el principio de utilidad produciría de hecho un alto grado de igualdad socioeconómica, en la medida en que la preocupación por los menos aventajados proviene en la doctrina utilitarista del funcionamiento de la teoría de la utilidad marginal decreciente, entre otros factores[74].

En suma: Rawls parece exigir una curiosa actitud hacia el riesgo respecto de las partes contratantes, que es diferente de una actitud neutral respecto del riesgo frente a una situación de incertidumbre. Los participantes en la posición originaria -por una parte- muestran horror en relación a cualquier

---

[71] PHELPS, cit., pag. 335.

[72] SIDNEY S. ALEXANDER, "Social Evaluation Through Rational Choice", *Quarterly Journal of Economics* 88 (1974), pag. 611.

[73] ALEXANDER, cit., pag. 614.

[74] STEPHEN W. BALL, "Maximin Justice, Sacriifice, and the Reciprocity Argument: A Pragmatic Reassessment of the Rawls/Nozick Debate", *Utilitas*, vol.5, number 2, pag. 176.

resultado que los coloque por debajo de lo que obtendrían sobre la base de aplicar el criterio maximin. Si esto es así, el criterio maximin no parece proporcionarles una cantidad exagerada de bienes sociales primarios (de lo contrario el horror es incomprensible). No obstante -por otra parte- esos mismo participantes muestran un total desinterés por los bienes primarios que exceden los que el criterio maximin les proporciona, situación curiosa si -como vimos- lo que el maximin les proporciona no puede ser mucho.

11

Uno de los argumentos que Rawls emplea recurrentemente en favor del criterio maximin es el de que él constituye la regla racional de elección en la posición originaria, aquella cuyos resultados pueden justificarse con más facilidad. Este argumento ha sido atacado sobre la base de que él fracasa en distinguir dos momentos distintos: aquel en el cual la elección es llevada a cabo tras el velo de ignorancia, y aquel en el cual el velo de ignorancia es levantado y los individuos conocen su posición en la sociedad.

Es distinto, entonces, el momento en el cual el criterio es elegido del momento en el cual el criterio es aplicado[75], y se supone que la elección de los participantes debe poder ser justificada -en términos de racionalidad- no sólo prospectivamente sino también retrospectivamente:[76] el conocimiento del resultado no debería conducir a quien eligió a juzgar que su elección fue irracional.

Algunos críticos han sostenido que las partes contratantes, que son racionales en el sentido supuesto por Rawls, y están sujetas a las circunstancias de justicia en una posición de igualdad original, no ignorarían las desigualdades naturales, salvo para distribuir el excedente social. El principio de diferencia rawlsiano se aplicaría sólo a este excedente social, y no a la cantidad absoluta de bienes sociales primarios que cada individuo va a recibir[77].

Si el principio de diferencia, que es la repetición del contenido del criterio maximin, encuentra una aplicación limitada en esta crítica, es obvio que el propio criterio maximin debería estar -al menos- tan limitado en su papel de regla de elección como lo está el principio de diferencia en su aplicación.

---

[75] BARRY, cit., pag.95.

[76] DAVID GAUTHIER, "Justice and Natural Endowment: Toward a Critique of Rawls' Ideological Framework", *Social Theory and Practice* 3 (1974), pags.18/19.

[77] GAUTHIER, cit., pags. 17/18. El propio Nagel ya no es partidario de que las desigualdades naturales desempeñen un papel importante en el diseño de los principios de justicia. Cfr.THOMAS NAGEL, "Justice and Nature", en *Concealment and Exposure & Other Essays*, Oxford University Press, 2002, pags. 113/133.

Lo que la crítica anterior pretende mostrar es que el argumento de Rawls en favor del criterio maximin descansaría en la falsa premisa de que este criterio es una condición necesaria para logar la cooperación de los menos favorecidos, o que cualquier distribución que les otorgue una porción menor de bienes sociales primarios resultaría inestable. Pero si la crítica que he reproducido es acertada, el maximin estaría otorgando a los pobres más de lo que resultaría necesario para producir el nivel deseado de cooperación, de donde si los ricos sólo estuvieran interesados en lograr esa cooperación, el maximin no constituiría un criterio muy acertado para ellos[78].

Esta es exactamente la posición de Nozick: el principio de diferencia -que constituye el resultado de haber elegido de acuerdo al criterio maximin- establece las mejores condiciones posibles para los peor dotados, pero es dudoso que constituya una base para que los peor dotados esperen la cooperación voluntaria de los demás. El principio de diferencia no es neutral entre los mejor y los peor dotados, y éstos ganan más que aquéllos en el esquema de cooperación general[79].

De modo que el criterio maximin sería racional sólo en la etapa de la posición originaria, pero podría dar lugar -*a posteriori*- a acusaciones de irracionalidad y de falta de neutralidad.

12

Como modo de contribuir a la evaluación del criterio maximin me parece adecuado mostrar también un ejemplo de posible aplicación del criterio en una situación no-rawlsiana, esto es, en una situación en la cual no estemos evaluando principios de justicia que deben regular la estructura básica de la sociedad. El ejemplo[80] es el siguiente:

Durante la guerra, una compañía de soldados es superada en número y comienza a retirarse frente al enemigo; la compañía ha cruzado un puente sobre un río, pero el enemigo ya está al otro lado del río. Si alguien regresa al puente y lo vuela, la compañía conseguirá escapar, pero el hombre que quede atrás para volar el puente no sería capaz de escapar vivo. El capitán pide un voluntario, pero nadie se ofrece. Si nadie regresa es virtualmente seguro que todos morirán, y el capitán es la única persona que puede dirigir la retirada. El capitán decide finalmente que tiene dos alternativas: la primera de ellas consiste en ordenar al experto en explosivos que quede atrás

[78] BALL, cit., pag.171.

[79] ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, pags.192/194.

[80] Es de LAWRENCE KOHLBERG, "Justice as Reversibility", en Peter Laslett & James Fishkin (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Fifth Series, Oxford, Basil Blackwell, 1979.

para volar el puente; si este es el hombre elegido, la probabilidad de que la misión sea realizada con éxito asciende al 80%. La segunda alternativa a disposición del capitán consiste en seleccionar a alguien mediante una lotería, extrayendo un nombre de un sombrero que contiene todos los nombres, menos el del capitán; si algún otro hombre que el experto en explosivos es elegido mediante este sistema, la probabilidad de que la misión sea realizada con éxito desciende al 70%. La tabla de resultados, entonces, se construye de este modo:

	El experto va	Lotería
Resultado para el experto		
(en términos de supervivencia)	0%	70%
Resultado para los demás	80%	70%

Desde el punto de vista de la persona menos aventajada -esto es, el experto- la alternativa de la lotería incrementa su probabilidad de vida en un 70%. ¿Cómo afecta a su vez la lotería a las demás posiciones? La probabilidad de vida de los demás hombres decrece sólo en un 10% por el uso de la lotería, comparado con el 70% en que decrece la probabilidad del experto si le ordenan directamente realizar la misión, en lugar de emplear la lotería. En la posición originaria, tras el velo de ignorancia y aplicando el criterio maximin, todos elegirían entonces la lotería[81].

Muchas personas encontrarían inaceptable esta solución; claramente, por ejemplo, un utilitarista enviaría al experto a realizar la tarea. Pero no quiero emplear este ejemplo como un argumento en contra del criterio maximin, porque existe una forma de interpretar aquí la aversión al riesgo de modo tal que ella conduzca a rechazar la elección de la lotería. Porque la probabilidad promedio de supervivencia es mayor si se ordena que vaya el experto, y desde el punto de vista de alguien que tiene una extremada aversión al riesgo, el rasgo crucial de la situación es que alguien va a morir, pase lo que pase. Por lo tanto, lo único que puede hacer el método de selección de alternativas es tener influencia en las probabilidades de supervivencia de los que no resultan seleccionados, y esta probabilidad es mayor si el experto va directamente que si se opta por la lotería. Cualquier individuo con una extrema aversión al riesgo, entonces, tendrá en cuenta que siempre -cualesquiera sea la decisión que se adopte- el peor resultado es la muerte, y optará entonces por la solución que minimice el riesgo de muerte[82].

---

[81] KOHLBERG, cit., pags. 269 y 272.

[82] EJl argumento es de BRIAN BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pags. 263/265.

13

Para completar el análisis del criterio maximin me parece adecuado examinar brevemente -por último- una aplicación intergeneracional del principio[83]. Hay que distinguir aquí dos situaciones diferentes, según que la población se mantenga constante o que ella crezca. Con una población constante (añadiendo tecnología constante, y la ausencia de escasez de los recursos naturales), la política óptima para cada generación consiste en mantener intacto el capital y consumir la totalidad del producto nacional neto. Pero con una población exponencialmente creciente, la regla maximin dice que la generación inicial debería invertir sólo aquello que fuera suficiente para proveer capital para el incremento en población a la *ratio* inicial capital/trabajo. El criterio, entonces, está demasiado a merced de las condiciones iniciales, porque si la cantidad inicial de capital es muy pequeña, no se acumulará nunca más capital y el nivel de vida de la sociedad será bajo para siempre[84].

De modo que el criterio maximin enfrenta dos dificultades importantes como para constituir un criterio razonable para las decisiones de planeamiento intertemporal: a) requiere una cantidad inicial de capital que sea lo suficientemente grande como para sustentar un nivel de vida decente, puesto que de otra manera perpetuaría la pobreza, y b) da instrucciones excesivamente conservadoras en casos de población estacionaria y progreso técnico ilimitado.

14

Tal como hice en la sección anterior, quiero finalizar ésta exponiendo algunas de las conclusiones que pueden extraerse del análisis del criterio maximin como regla de elección. Ante todo, la pretensión de Rawls consiste en extraer principios equitativos de justicia para el diseño de las instituciones básicas de la sociedad, basándose en la racionalidad de las partes contratantes. Es por este motivo que él limita drásticamente el conocimiento de los participantes en la posición originaria, por lo que el primer interrogante es este: ¿resulta necesario tanto desconocimiento de las partes para lograr principios equitativos de justicia? La respuesta puede resultar decisiva para la suerte de los principios de justicia rawlsianos, puesto que con un mayor grado de conocimiento las partes podrían encontrarse en una situación de riesgo, por ejemplo, y no en una de incertidumbre, conociendo -así- las pro-

[83] El análisis es de R. M. SOLOW, "Intergenerational Equity and Exhaustible Resources", *Review of Economic Studies*, vol.XLI (July 1974).

[84] SOLOW, cit., pags. 31/33.

babilidades de concluir en una posición determinada dentro de la sociedad. En este caso, es posible que con un grado menor de ignorancia las partes en la posición originaria optaran directamente por alguna versión de la maximización de la utilidad.Y hay motivos para ser escépticos respecto de lo espeso que debería ser el velo de ignorancia, puesto que en la versión rawlsiana parece desaprovecharse mucha información éticamente relevante.

De cualquier forma, incluso aceptando el velo de ignorancia tal como Rawls lo propone, lo cierto es que el criterio maximin es sólo una de las reglas posibles para elegir en situaciones de incertidumbre. Y no es necesariamente la regla más atractiva; el criterio bayesiano tiene buenos argumentos en su favor, y -en caso de optarse por esta regla de elección- ella conduciría a maximizar algún tipo de utilidad promedio. Es verdad que el criterio bayesiano ha sido objeto de refutación empírica en ciertos experimentos, pero siempre debe tenerse presente que se trata de un criterio normativo, y no de uno descriptivo.

Podría defenderse la elección del criterio maximin sobre la base de que él requiere menos información de la que necesita la teoría utilitarista. Esto no es necesariamente exacto, sin embargo: el mayor costo de la información aparece cuando se acepta que deben realizarse comparaciones interpersonales, y estas comparaciones las requiere tanto la teoría utilitarista cuanto el criterio maximin.

Asimismo, el criterio maximin aparece como una regla de elección sumamente conservadora, incluso en la posición originaria (en situaciones de la vida diaria resulta a veces un criterio paranoico). Este conservadorismo puede provenir de la idea de que estamos jugando contra un enemigo, lo cual constituye una metáfora equivocada, pero a la cual Rawls nunca renunció. Las partes en la posición originaria no están exactamente en la posición de un juego de suma-cero, como lo muestra el hecho de que no es necesario que la cantidad de recursos que se reparta sea una cantidad fija (en realidad la situación contraria es la verdadera, si es que van a funcionar los incentivos ena la sociedad).

En la elección del maximin es muy claro que algún papel -*pace* Rawls- debe desempeñar la aversión al riesgo: al fin de cuentas, nadie sostiene, por ejemplo, que las partes optarían por el criterio maximax. Y el tipo de aversión al riesgo necesario para que funciones la teoría rawlsiana es -como vimos- muy extraño. Rawls pregona también que la opción por el criterio maximin aumenta la estabilidad del sistema, pero hay motivos para dudar de ello una vez que el velo de ignorancia es levantado (y es justamente a partir de aquí que se requiere que el sistema sea estable).

Como puede verse, no he proporcionado ningún argumento decisivo en contra del criterio maximin. Lo que he hecho es mostrar que existen dudas

fundadas acerca de su adecuación como el mejor criterio de elección en situaciones de incertidumbre. La regla maximin conduce a la adopción del principio de diferencia[85], el que Rawls considera más atractivo que el principio de la utilidad promedio. Pero, como he dicho en la Introducción- Rawls no presenta la versión más atractiva del principio de la utilidad promedio. Voy a tratar de remediar esta situación en la sección que sigue. Al hacerlo, espero debilitar todavía algo más los motivos por los cuales las partes en la situación originaria optarían por el principio de diferencia[86].

Sección III: En busca de la utilidad promedio

1

Como hemos visto hasta aquí, Rawls proporciona dos estrategias para defender la elección del principio de diferencia: a) la peculiaridad de la posición originaria, que obligaría a optar por el criterio maximin para elegir en condiciones de incertidumbre, y b) las bondades del propio principio de diferencia cuando se lo compara con el principio de la utilidad promedio. He tratado de mostrar en la sección anterior que no es obligatoria la opción en favor del criterio maximin. Ahora quiero completar mi tarea mostrando que Rawls no proporciona la versión más atractiva del principio de la utilidad promedio e intentaré proporcionar yo mismo esa versión, la cual podría resultar más atractiva para los participantes en la posición originaria que el principio de diferencia.

Para eso propongo comenzar con una pregunta: ¿qué es la utilidad promedio? El interrogante mismo parece sugerir que nos encontramos frente a una sola pregunta, cuando en realidad comprende dos de ellas: a) qué es

[85] Estoy suponiendo esto para colocarme en la posición más favorable a Rawls. Langtry cree que, incluso aunque las partes adoptaran el criterio maximin en la posición originaria, de aquí no se seguiría que las partes optaran por los principios de Rawls, entre otras cosas por las dificultades existentes en identificar el peor resultado posible, y por la falta de precisión de Rawls respecto de cuál es la tarea de las partes en la posición originaria. Cfr.BRUCE LANGTRY, "The Maximin Rule Argument for Rawls´s Principles of Justice", en Chandran Kukathas (ed.), *John Rawls. Critical assessments of leading political philosophers,* London, Routledge, 2003, vol.I, pags. 239/253.

[86] De todos modos, Narveson cree que los argumentos utilitaristas podrían ser empleados para derivar los principios rawlsianos, puesto que él piensa que esos principios maximizan la utilidad.

Cfr.JAN NARVESON, "Rawls and Utilitarianism", en Harlan B. Miller & William H. Williams (eds.), *The Limits of Utilitarianism,* Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982, pag.141. No persigo aquí este argumento, pero señalo una de mis coincidencias con Narveson: ambos creemos que existe una vinculación estrecha entre la utilidad y los recursos, como voy a sostener en el apartado 8, de la sección III.

la utilidad, y, contestada esta pregunta en algún sentido, b) cuándo puede entenderse que esa utilidad es la utilidad promedio.

Entendido esto, propongo sin embargo que demos por contestada a la primer pregunta, esto es, que entendamos que la utilidad tiene un significado unívoco, y que nos concentremos sólo en la respuesta a la segunda pregunta[1].

2

El interés contemporáneo en la idea de la utilidad promedio proviene de la circunstancia de que Rawls -como ya se ha visto- considera al principio de la utilidad promedio como el gran rival de sus propios principios de justicia. El presenta dos formas diferentes de entender a la utilidad, y recuerda que

> *el principio clásico requiere que las instituciones sean organizadas de modo de maximizar la suma sopesada absoluta de expectativas de los individuos relevantemente representativos. Se arriba a esta cantidad sopesando cada expectativa de acuerdo al número de personas en la correspondiente posición, y luego agregando. Así, si las demás cosas permanecen iguales, cuando el número de personas en la sociedad se duplica, la utilidad total es doblemente grande...*[2]

Esta caracterización del principio de la utilidad clásica es correcta, más aún, es *trivialmente* correcta, cuando interpretamos en sentido estricto la cláusula "si las demás cosas permanecen iguales". (En realidad, basta conque permanezca igual la utilidad *per capita*). En efecto: supongamos que en una sociedad de 100 individuos exista una utilidad de 1000 unidades (no necesito aclarar, me imagino, que asigno un número a la cantidad total de utilidad sólo para aclarar el ejemplo, sin comprometerme de ninguna manera con la idea de que la utilidad puede mensurarse de este modo). Cada uno de esos 100 individuos tiene un balance neto de felicidad respecto del dolor (no importa ahora si todos ellos tienen *el mismo* balance) . Si estas condiciones se mantienen iguales, esto es, si aparecen en la sociedad 100 nuevos individuos con un balance neto de felicidad respecto del dolor idéntico al de los 100 individuos primitivos, desde luego que la utilidad total será ahora

---

[1] Desde luego que es falso que la utilidad tenga un significado unívoco, como -entre otros- ha mostrado John Broome, pero no quiero ocuparme aquí de este tema. Broome distingue al menos tres sentidos del término: 1) la tendencia de cualquier objeto a producir beneficio, ventaja, placer, bien, o felicidad; 2) el bien que el objeto produce, y 3) la representación de las preferencias. JOHN BROOME, "Utility", en *Ethics out of Economics*, Cambridge University Press, 1999, págs.19/28. Sugiero que entendamos la utilidad en el sentido que Broome propone, que es el tercero de ellos. Es el mismo, por otras parte, que yo favorezco. Cfr.MARTIN DIEGO FARRELL, *Privacidad, Autonomía y Tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, capítulo II.

[2] JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, págs. 161/162.

doblemente grande, esto es, ascenderá a 2000 unidades. ¿Cómo podría ser de otra manera?

3

Rawls se ocupa luego de la utilidad promedio, cuyo principio

> *conduce a la sociedad a maximizar, no la utilidad total sino la promedio (per capita)...Para aplicar esta concepción a la estructura básica, las instituciones son diseñadas de modo de maximizar el porcentaje sopesado de la suma de expectativas de los individuos representativos. Para computar esta suma multiplicamos las expectativas por la fracción de la sociedad en la posición correspondiente. Así, ya no es más verdadero que, si las demás cosas permanecen iguales, cuando una comunidad duplica su población, la utilidad es doblemente grande. Al contrario, en tanto no cambien los porcentajes en las distintas posiciones, la utilidad permanece la misma*[3].

De un modo algo oscuro, por cierto, Rawls parece querer decir esto: si los porcentajes de utilidad de los individuos ubicados en las diferentes posiciones no cambia, la utilidad tampoco cambia. Esto también es trivialmente verdadero, por cierto, teniendo en cuenta la definición adoptada por Rawls. Podríamos verlo de esta manera: supongamos que la clase media de la población posee el 30% de la utilidad total de esa población. Si la población -incluyendo, obviamente, a los integrantes de la clase media- se duplica, la clase media seguiría teniendo el 30% de la utilidad total. Pero si los recursos no han variado, los integrantes de la clase media estarían ahora individualmente peor.

La afirmación anterior de Rawls -entonces- puede presentar también una variante más polémica, que voy a examinar más adelante: mientras para el caso de la utilidad clásica se postula una correlación directa -*caeteris paribus*- entre la población y la utilidad (a mayor población mayor utilidad, y en el mismo grado) en el caso de la utilidad promedio se acepta que -*caeteris paribus*-la población aumente sin que la utilidad aumente, no ya en el mismo grado sino de ninguna manera. Pero no se examina en cambio otra alternativa muy probable, esto es, que si la población aumenta la utilidad promedio puede disminuir. Esta posibilidad depende de una suposición muy plausible, a saber: que la utilidad se basa, de alguna manera, en los recursos disponibles *per capita*. Como ya he dicho, volveré luego sobre este tema, aunque anticipo que para apreciar este fenómeno se requiere un enfoque distinto respecto de la idea de utilidad promedio, que es el que voy a proponer.

[3] RAWLS, cit., págs.161/162.

4

Concluye Rawls su examen de los dos principios de utilidad con una afirmación muy difundida, la cual -si bien no es incorrecta- no encuentro fructífera para la filosofía moral. Cuando se pregunta cuál de los dos principios de utilidad -el clásico o el promedio- debería ser preferido en la posición originaria, advierte que

> *ambas variantes conducen al mismo resultado si el tamaño de la población es constante*[4].

Esta observación se repite en la literatura utilitarista, desde manuales hasta artículos eruditos. Respecto de los primeros, por ejemplo, Scarre dice:

> *Claramente, sin embargo, no habrá ninguna diferencia operativa entre maximizar la utilidad total y maximizar la utilidad promedio cuando el tamaño de la población permanece constante*[5].

Respecto de los segundos, Brandt dice:

> *Algunos utilitaristas han sugerido que el acto correcto está determinado por el total neto intrínseco del bien producido. Este punto de vista tiene consecuencias embarazosas para los problemas del control de la población*[6].

Algunos economistas adhieren también a esta idea, como si ella fuera incontrovertible. Así, Hausman y McPherson sostienen que la felicidad promedio

> *es simplemente el total dividido por el tamaño de la población, (de modo que) el utilitarismo total y el promedio siempre estarán de acuerdo cuando la población sea fija*[7].

Como acabo de decir, creo que la definición de utilidad promedio elegida por estos autores no es adecuada para la filosofía moral. Nótese que no estoy sosteniendo que se trata de una definición equivocada. Al contrario: la expresión *utilidad promedio* tiene en estadística un uso corriente claro y difundido, y no cabe aquí hablar entonces de error. Esta definición de la estadística presenta a la utilidad promedio -de un modo éticamente poco atractivo- como una división hipotética de la utilidad de la sociedad entre todos sus habitantes, aunque -de hecho- esa división nunca se haga efectiva.

---

[4] RAWLS, cit., págs.161/162.

[5] GEOFFREY SCARRE, *Utilitarianism*, London, Routledge, 1996, pág. 20.

[6] RICHARD B. BRANDT, "Some merits of one form of rule utilitarianism", en *Morality, Utilitarianism, and Rights*, Cambridge University Press, 1992, paf.125. Brandt sugiere, como se ve, que la dificultad de la teoría de la utilidad clásica se concentra en la necesidad de aumentar indefinidamente la población.

[7] DANIEL M. HAUSMAN & MICHAEL S. MC PHERSON, *Economic Analysis and Moral Philosophy,* Cambridge University Press, 1996, pág. 104.

Simplemente, se divide la utilidad total por el número de individuos. Teniendo en cuenta el uso difundido del concepto de utilidad promedio (media aritmética) en estadística, no tiene nada de extraño que se produzcan entre los autores que he citado las coincidencias que acabo de señalar.

Voy a proponer centralmente aquí otra definición de la utilidad promedio (también tomada de la estadística, pero ahora modificando la terminología usual en ésta) que encuentro más promisoria para la ética.

5

Ante todo, la concepción que estoy rechazando presenta como real un problema falso. Derek Parfit denomina a este problema *la conclusión repugnante*, y lo caracteriza de este modo:

> *Para cualquier población posible de al menos diez billones de personas, todas con una gran calidad de vida, debe existir alguna cantidad mucho mayor de población cuya existencia, si las demás cosas permanecen constantes, sería mejor, incluso aunque sus miembros tuvieran vidas que escasamente merecieran vivirse*[8].

Esta afirmación comprometería a la teoría clásica de la utilidad con la idea de que es moralmente obligatorio aumentar -tal vez indefinidamente- la población. Pero Elizabeth Anderson muestra con sencillez cuál es el propósito, y el alcance, de la propuesta utilitarista: la felicidad se promueve

> *en beneficio de las personas, pero no se traen personas al mundo para que exista más felicidad*[9].

En realidad, el problema ya había sido advertido -y resuelto- por Mill, en una frase que sorprende que no tenga más difusión, (aunque ella se concentra en el aspecto epistemológico del problema, reconociendo los límites del conocimiento humano para prever las consecuencias de una acción):

---

[8] DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pág.388. Kavka alega en favor de la conclusión repugnante cuando propone que en la posición originaria las partes contratantes sean consideradas como personas de existencia posible, y no real. Esto conduce, desde luego, a abogar por el principio de la utilidad clásica, pues el que llevaría -en la interpretación de Kavka- a una mayor posibilidad de concretar una existencia hasta ese momento simplemente posible, existencia, por otra parte, a la que él asigna un valor positivo.GREGORY S. KAVKA, "Rawls on Average and Total Utility", *Philosophical Studies*, 27 (1975), págs. 237 y sigs.

[9] ELIZABETH ANDERSON, "Reasons, Attitudes and Values: Replies to Sturgeon and Piper", *Ethics*, vol.106, number 3, pág.543. En el mismo sentido, Dasgupta advierte que constituiría un error considerar a las personas potenciales como una clase especial de personas. Los no nacidos no son una clase personas: son las personas reales las que son agentes morales. PARTHA DASGUPTA, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, Clarendon Press, 1993, págs. 382/384.

> *¡"La mayor felicidad del mayor número" debe ser nuestra guía invariable! ¿Es así?- la mayor felicidad del mayor número de hombres vivientes, supongo, no de los hombres por venir; porque si fuera de toda la posteridad, ¿qué legislador podría ser nuestro guía?, ¿quién podría anticipar el futuro?..*

Y también cuando observó que

> *Hay suficiente para todos los que han nacido; pero no hay, y no puede haber, lo suficiente para todos los que podrían haber nacido; y si cada persona que nace va a tener una pretensión inderrotable a la subsistencia proveniente del fondo común, no habrá más que una mera supervivencia para todos al presente, y muy poco después ni siquiera eso...Respecto de uno de los actos morales más importantes y de más responsabilidad, el de dar existencia a seres humanos, escasamente existe alguna obligación moral*[10].

Consecuentemente, no puede atribuírse de manera inexorable a la teoría clásica de la utilidad la idea de que la población debe mantenerse constantemente en crecimiento, siempre que así aumente la utilidad total. Si existen motivos para preferir a la teoría de la utilidad promedio por sobre la clásica uno de ellos ciertamente no es el de evitar la conclusión repugnante.

6

Pero si bien la conclusión repugnante es un problema que no afecta realmente al utilitarismo (en este caso al utilitarismo clásico) lo que resulta más grave es que la afirmación de la que me estoy ocupando (que equipara al utilitarismo clásico y la utilidad promedio en casos de mantenerse la po-

---

[10] La primera cita es de JOHN STUART MILL, "Comment on Bentham in Bulwer's *England and the English*", *Essays on Ethics, Religion and Society*, Collected Works X, J. M. Robson (ed.), University of Toronto Press, 1969, pág.502. La seguna proviene de JOHN STUART MILL, "Vindication of the French Revolution of February 1848", *Essays on French History and Historians*, Collected Works XX, John M.Robson (ed.), University of Toronto Press, 1985, págs. 349/350.El que consideró el problema como genuino -y lo resolvió mal- fue Sidgwick. El dijo que "si tomamos al Utilitarismo como prescribiendo, como el último fin de la acción, la felicidad como un todo, y no cualquier felicidad individual, a menos que se la considere como un elemento del todo, se seguiría que, si la población adicional disfruta como un todo una felicidad positiva, debemos sopesar la cantidad de felicidad ganada por el número extra contra la cantidad perdida por el resto. De manera que, estrictamente concebido, el punto hasta el cual, en base a principios Utilitaristas, la población debería ser alentada a incrementarse, no es aquel en el cual la felicidad promedio es la mayor posible, - como parece ser a menudo asumido por los economistas políticos de la escuela de Malthus- sino aquel en el cual el producto formado por multiplicar el número de personas vivientes por la cantidad de felicidad promedio alcanza su máximo". HENRY SIGWICK, *The Methods of Ethics*, seventh edition, London, MacMillan, 1962, págs. 415/416. Nótese que Sidgwick no supone que la felicidad promedio permanece igual mientras la población aumenta, sino asume que la felicidad promedio disminuye porque la población aumenta. Si hubiera supuesto lo primero, su error sería menor, puesto que sólo implicaría preocuparse equivocadamente por seres inexistentes. En cambio, él comete un error compuesto, pues le agrega la consecuencia de que la utilidad promedio disminuye, lo cual lo hace incurrir de lleno en la conclusión repugnante.

blación constante) ignora un problema genuino. En efecto: si no se producen cambios en la cantidad total de la población, se supone que es indiferente postular la utilidad total o la promedio. Esto no parece ser verdadero, y lo denomino *la conclusión sorprendente*. Ella pretende que mantener baja la población es condición suficiente para mejorar el nivel de la utilidad promedio, sin atender en absoluto a la forma en que -de hecho- esa utilidad se distribuye entre los individuos. (Esta conclusión es sorprendente en filosofía moral, como mostraré enseguida, cuando se modifica la idea de la utilidad promedio de acuerdo a la definición que voy a proporcionar. Con el concepto estadístico de la utilidad promedio, en cambio, la conclusión es obvia más que sorprendente: si la utilidad total no varía y la población disminuye, necesariamente aumenta la utilidad promedio en esta acepción).

Tomemos por ejemplo dos casos, A y B, cuyas características describo en el cuadro que sigue:

Cuadro 1

	A	B
Grupo 1 (100 personas)	Utilidad 1000	Utilidad 200
Grupo 2 (1000 personas)	Utilidad 100	Utilidad 500
Grupo 3 (2000 personas)	Utilidad 100	Utilidad 500[11]

En ambos casos el tamaño de la población es el mismo, y la utilidad considerada es la total del grupo, aunque se supone además que ella se divide por igual entre todos los integrantes del grupo. Supongamos que la situación actual está representada por el caso A, que es posible pasar de la situación A a la situación B, y que nos preguntamos si debemos hacerlo. Rawls, Scarre y Brandt, por ejemplo, dirían que se trata de una cuestión indiferente, pero esta respuesta presupone la cuestión puesto que -en definitiva- asume que la solución adecuada se encuentra en el principio clásico de utilidad: si la utilidad total es la misma, su distribución es irrelevante, y estamos así ante un caso de indiferencia.

Tal vez podría justificarse esta afirmación sometiendo a la utilidad al tratamiento del criterio de Kaldor-Hicks: en el caso A existe una utilidad suficiente como para pasar al caso B, aunque de hecho ese pase no se realice nunca. Voy a explicar brevemente el alcance de esta afirmación.

Principalmente, quiero enfatizar que el criterio de Kaldor-Hicks carece en principio de relevancia ética, como quedará mostrado en el sucinto exa-

[11] Aparentemente, no existirían diferencias entre el grupo 2 y el grupo 3, que tienen igual utilidad; pero sólo aparentemente. Puesto que el grupo 3 tiene el doble de integrantes que el grupo 2, sus miembros disfrutan de la mitad de utilidad.

men que sigue. (No estoy negando que el principio posee *alguna* relevancia ética: al fin de cuentas, la aplicación del principio asegura el crecimiento de la utilidad total, en la medida en que se establezca una relación estrecha entre la utilidad y el dinero, como estoy sugiriendo aquí). En 1939 Nicholas Kaldor publicó una breve nota en la cual intentaba acotar la necesidad de efectuar comparaciones interpersonales de utilidad. El caso que consideró fue el de la derogación de las leyes de protección agrícola en Gran Bretaña en el siglo XIX. El sostuvo que

> *cuando una cierta política conduce a un incremento en la productividad física, y así del ingreso agregado real, el argumento del economista en favor de la política no está afectado en manera alguna por la cuestión de la comparabilidad de satisfacciones individuales; puesto que en todos esos casos es posible hacer que todos estén mejor que antes, o -en todo caso- hacer que algunas personas estén mejor sin que nadie esté peor. No hay necesidad de que el economista pruebe -lo que ciertamente nunca podría probar- que como resultado de la adopción de una cierta medida nadie en la comunidad va a sufrir. Para probar su caso, es por completo suficiente para él el mostrar que incluso si todos aquellos que sufren son compensados por su pérdida, el resto de la comunidad todavía estará mejor que antes. Si, en el caso del libre cambio, el terrateniente es compensado de hecho o no, es una cuestión política respecto de la cual el economista, en tanto economista, difícilmente podría emitir una opinión*[12].

Kaldor, entonces, proponía un test en el cual sólo se examinaba la posibilidad de una compensación hipotética, sin ninguna pretensión moral.

El mismo año en que se publicó la nota de Kaldor, y reconociendo expresamente su influencia, apareció un trabajo de J.R.Hicks que defiende la misma idea. Hicks dice que cuando alguna reforma económica produce pérdidas a algunos individuos,

> *siempre podemos suponer que se adoptan medidas especiales a través de las rentas públicas para compensar a la gente que ha resultado dañada. Una 'reorganización permitida' debe entenderse...como significando una reorganización que permitirá que se pague una compensación, y que mostrará una ventaja neta*[13].

Hicks sostiene que la principal ventaja práctica de este enfoque consiste en que él

> *concentra la atención en el tema de la compensación. Toda reforma económica simple impone alguna pérdida a alguna persona; las reformas que hemos estudiado están signadas por la característica de que permitirán una compensación para balancear la pérdida y que mostrarán una ventaja neta. No obstante,*

---

[12] NICHOLAS KALDOR, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, vol.49, pág. 550.

[13] J.R.HICKS, "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, vol.49, pág. 706.

cuando esas reformas se han llevado a cabo como un hecho histórico, el progreso se ha obtenido en medio del choque de intereses opuestos, de modo que la compensación no ha sido otorgada, y el progreso económico ha acumulado una lista de víctimas, suficiente como para darle mala fama a cualquier política sólida. Yo no sostengo que hay algún fundamento para decir que la compensación siempre debe otorgarse; si debería otorgarse o no la compensación en cualquier caso particular es una cuestión de distribución, acerca de la cual no puede haber identidad de intereses, y no puede haber así ningún principio generalmente aceptable...Si las medidas en favor de la eficiencia van a tener una oportunidad equitativa, es extremadamente deseable que estuvieran lo más libre que fuera posible de complicaciones distributivas[14].

Al igual que Kaldor, entonces, Hicks confina su interés a la eficiencia de las políticas económicas entre las que puede optarse, y renuncia a ocuparse de cuestiones de justicia. En suma: tanto Kaldor como Hicks aceptan explícitamente la irrelevancia ética de su propio criterio (o postulan, al menos, la independencia entre la ética y la economía). Por lo tanto, aunque la utilidad total sea la misma en dos casos, su distribución no tiene por qué ser indiferente a la filosofía moral, y esta conclusión no puede rebatirse recurriendo a la autoridad de Kaldor o de Hicks.

7

Miremos entonces una situación análoga a la de los casos A y B desde la óptica de un individuo que tiene una probabilidad igual de ser colocado

[14] HICKS, cit., págs. 711/712. No estoy sosteniendo que el análisis de costo/beneficio que realiza la teoría de Kaldor-Hicks no tenga ningún empleo en la moral. Hubin sostiene -plausiblemente- que nos proporciona información moralmente relevante. Por supuesto que la circunstancia de que los perdedores hubieran accedido al proyecto si los ganadores los hubieran compensado carece de relevancia moral, pero la información resultante del análisis del costo/beneficio es útil para una gran variedad de teorías morales. Cfr. DONALD C. HUBIN, "The Moral Justification of Benefit/Cost Analysis", *Economics and Philosophy*, vol.10 (1994), págs.179, 181, 189 y 192. Igual que Hubin, Kornhauser reconoce que la defensa del análisis del costo/beneficio como criterio moral ha resultado inadecuada, y que éste debe, en cambio, ser defendido como una práctica institucional para elegir entre diferentes políticas. Mediante una defensa indirecta, podría mostrarse que el análisis del costo/beneficio promueve un valor moral distinto al que se encuentra corporizado en su teoría formal. LEWIS A. KORNHAUSER, "On Justifying Cost-Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies*, vol.29 (June 2000), págs.1051/1052. También debo aclarar que mis reparos al análisis del costo/beneficio no se extienden al aspecto consecuencialista del mismo, en lo cual difiero -por ejemplo- con Elizabeth Anderson, quien critica que en el análisis del costo/beneficio se postule que la gente exprese sus valores a través de la satisfacción de sus preferencias no examinadas. Cfr.ELIZABETH ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, pág.194. Yo no tengo nada que objetar en este tema. Quiero aclarar, sin embargo, que hay autores que sostienen que el análisis del costo/beneficio no implica al utilitarismo. Cfr., por ejemplo, MARTHA C .NUSSBAUM, "The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies*, vol. 29, pág. 1029.

en el lugar de cualquier individuo en la sociedad[15]. Mejor aún, para ser más gráficos: miremos la situación desde la óptica de un inmigrante, que debe optar entre las sociedades reflejadas en los casos A y B, y que ignora completamente el lugar que le corresponderá en la sociedad[16].

Repasemos las dos alternativas. Puesto que la utilidad de cada grupo se divide igualmente entre los integrantes de ese grupo, tenemos ahora para cada individuo:

---

[15] Es la propuesta de JOHN C.HARSANYI en "Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility", *Journal of Political Economy*, vol. 63, pág. 316. Esta es la primer suposición que debemos hacer, pero tal vez tendríamos también que efectuar una segunda, que a veces se confunde con la primera. En el nivel previo a nuestro ingreso al estado (llamémoslo el nivel metaestatal) estamos suponiendo una probabilidad igual de ser colocado en el lugar de cualquier individuo de la sociedad. Pero, como dice Alexander, si en el metaestado asumimos la igual probabilidad, esto nos impide apreciar el valor de una probabilidad igual en el estado mismo. Si en la etapa metaestatal yo tengo una probabilidad igual de ser cualquiera en el estado en cuestión, y si mi bienestar esperado es mayor en el estado A que en el B, yo puedo racionalmente elegir A. Pero si hay realmente una oportunidad igual para todos de acceder a los beneficios de un cargo determinado en el estado B, pero no en el estado A, alguien podría pensar que la igualdad de oportunidad en B compensa por la mayor utilidad esperada en A. La igualación de la oportunidad en el nivel metaestatal, entonces, nos hace pasar por alto la igualdad de oportunidades en el nivel estatal.SIDNEY S. ALEXANDER, "Social Evaluation Through Notional Choice", *Quarterly Journal of Economics* 88, (1974), pág.616. (Alexander no se ocupa exactamente del problema con el que me entiendo aquí, pero creo que sus reflexiones son igualmente válidas). De modo que, como he dicho, tal vez debamos efectuar una segunda suposición, y es la de la igualdad de oportunidades en las sociedades que voy a comparar. Ambas suposiciones, de todos modos, parecen suponer la aplicación del criterio bayesiano.

[16] Es la propuesta de WILLIAM VICKREY, en "Utility, Strategy, and Social Decision Rules", *Quarterly Journal of Economics*, LXXIV, november 1960, pág. 524. Vickrey nos pide que imaginemos "una serie de comunidades, todas con los mismos recursos, con individuos que tiene n todos los mismos gustos, pero que difieren dentro de cada comunidad respecto de los talentos (pero disfrutando cada comunidad de la misma distribución de talentos). Diferentes grados de talento entre los individuos tenderían a producir las correspondientes diferencia en ingresos individuales; podemos imaginar que cada una de las comunidades adopta alguna variante de política redistributiva, la cual, sin embargo, puede ser llevada más allá de cierto punto sólo al costo de reducir el resultado total a través del efecto sobre los incentivos. Supongamos que las diferentes comunidades adoptan diferentes políticas, y consideremos entonces la elección de un inmigrante potencial, que está decidiendo a cuál de las comunidades emigrar. Si él conoce exactamente sus propios talentos y es capaz en consecuencia de predecir el ingreso neto de que disfrutará en cada una de las comunidades, él puede, desde luego, efectuar su decisión sobre la base de estos ingresos netos sin recurrir al cálculo de utilidad. Si, en cambio, no tiene certidumbre concreta acerca del papel que sus talentos le habilitarán para cumplir en las distintas comunidades, él puede, si sus gustos son los mismos que los de los demás, adoptar su decisión sobre la base de la utilidad esperada...".

Cuadro 2

	A	B
Grupo 1 (100 personas)	Utilidad 10	Utilidad 2
Grupo 2 (1000 personas)	Utilidad 0,10	Utilidad 0,50
Grupo 3 (2000 personas)	Utilidad 0,05	Utilidad 0,25

Es decir que en el caso A el inmigrante en cuestión tiene una posibilidad en 31 de obtener una utilidad de 10 unidades, una posibilidad de 10 en 31 de obtener una utilidad de 0,10, y una posibilidad de 20 en 31 de obtener una utilidad de 0,05 unidades. En el caso B, en cambio, este inmigrante tiene una posibilidad en 31 de obtener una utilidad de 2 unidades, una posibilidad de 10 en 31 de obtener una utilidad de 0,50, y una posibilidad de 20 en 31 de obtener una utilidad de 0,25. Como se supone que el inmigrante es un ser racional, que procura maximizar sus expectativas favorables, él optará sin duda por la sociedad descripta en el caso B, pese a que ambas sociedades tienen igual población e igual utilidad total. Para optar por A, en efecto, el inmigrante debería poseer una exagerada afición al riesgo.(Supongo que el inmigrante elegiría B -en este caso- tanto si creyera en los axiomas de Savage cuanto si prefiriera el principio maximin)

8

Vuelvo ahora, como lo anticipé en el apartado 3, al tema de la relación entre la utilidad y los recursos. Rawls asume que -permaneciendo las cosas iguales- si la población se duplica se duplica también la utilidad. Entre las cosas que deben permanecer iguales obviamente figuran los recursos *per capita* (tal vez esto sea lo único que debe permanecer igual). Pero si fuera posible duplicar los recursos al mismo tiempo que se duplica la población, ¿qué tendría de objetable en este caso el aumento mismo de la población? ¿En qué sentido podríamos afirmar que el postulado de la utilidad clásica conduce a una "conclusión repugnante"? Lo que ocurre es que -cuando examinamos la utilidad en su variante clásica- implícitamente suponemos que los recursos no se incrementan en la misma medida en que lo hace la población (o que *podrían* no incrementarse en esa medida).

Esta posibilidad –muy verosímil, por cierto– parece ser aceptada por Rawls cuando examina la variante de la utilidad promedio, pues allí dice –como hemos visto– que la utilidad de ciertos grupos puede permanecer igual aunque la población se duplique. Pero para que esto ocurra, implícitamente debemos suponer que los recursos de los integrantes de ese grupo permanecen iguales a pesar del incremento producido en la población.(Como vimos desde otro ángulo en el apartado 3, es posible que -a pesar de que la

utilidad de los integrantes del grupo permanezca igual- el porcentaje de la utilidad de ese grupo respecto de la utilidad total experimente variaciones.)

En otras palabras: lo que estoy sosteniendo es que la utilidad depende -en alguna medida- de los recursos disponibles, y para que la cuestión sea más clara estoy suponiendo también que la utilidad varía según el grado en que varían los recursos[17].

Esto es una exageración, sin duda, y yo soy el primero en reconocerla (entre otras cosas, por ejemplo, la suposición ignora en exceso el efecto del principio de la utilidad marginal decreciente). Dworkin[18] ha mostrado con toda claridad la diferencia que existe entre distribuir recursos y distribuir utilidad, mientras Amartya Sen[19] ha explicado las diferencias que existen entre los diferentes individuos para procesar recursos y convertirlos en utilidad. Por eso mismo, lo único que estoy sugiriendo es que existe *alguna* relación entre los recursos y la utilidad (excepto una relación inversa). Esta relación entre los recursos y la utilidad permite también explicar de un modo plausible un ejemplo -de otro modo extremadamente implausible- proporcionado por Nozick: el del monstruo utilitarista con capacidad para absorber enormes cantidades de felicidad, y aumentar así notablemente la utilidad total, pero al costo de reducir la utilidad de los restantes individuos de la sociedad[20]. Es muy difícil concebir un individuo como el sugerido por Nozick si nos concentramos -como él parece hacer- en sus rasgos sicológicos. Pero es muy fácil imaginar en cambio una situación en la que ese individuo

---

[17] Aunque acepto que el ingreso real es sólo un reemplazante imperfecto de la satisfacción de las preferencias. Cfr. HAUSMAN & MCPHERSON, cit., pág.73. Como dice Vickrey, es posible, por ejemplo, que una persona tenga "una preferencia muy fuerte por la igualdad como tal. Si en una economía todos tienen un ingreso de $4000, y en otra el 90% tiene un ingreso de $4500 mientras el resto disfruta de un ingreso de $10000, el inmigrante bien puede elegir la primer comunidad, mientras ninguna de las funciones usuales de bienestar social reproduciría este resultado. Un resultado tal puede ser racionalizado de modos diferentes: en un nivel el 'efecto envidia', que la existencia de los $10000 tiene respecto de los que perciben 44500, puede reducir la utilidad de los $4500 debajo de la de los $4000 en la economía igualitaria, y si el inmigrante se considera a sí mismo excluido -por razones de origen social o de capacidad- del grupo de los $10000 esto puede ser suficiente para producir la elección indicada." VICKREY, cit., pág.533. También acepto que alguien derive más utilidad de una sociedad con menos recursos y una determinada postura religiosa -por ejemplo- que de otra con más recursos y otra postura religiosa diferente. Sólo sostengo que -en la mayoría de los casos- hay una relación directa entre la utilidad y los recursos.

[18] RONALD DWORKIN, "What is Equality", Part 1 and Part 2, *Philosophy and Public Affairs*, vol.10, number s 3 y 4.

[19] AMARTYA SEN, por ejemplo, en "The Standard of Living", *The Tanner Lectures on Human Values*, vol.VII, Sterling McMurrin (ed.), Cambridge University Press, 1988, y en "Well-Being, Agency and Freedom", *The Journal of Philosophy*, vol.LXXXII, number 4.

[20] ROBERT NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, pág. 41.

-sicológicamente indistinguible de los demás- absorbe una enorme cantidad de felicidad: basta con suponer que tiene a su disposición la mayoría de los recursos de la sociedad.

Veamos las situaciones que muestra el cuadro que sigue.

Cuadro 3

	Recursos de los individuos			Utilidad de los individuos		
	A	B	C	A	B	C
Caso 1	80	10	10	0	0	0
Caso 2	33 1/3	33 1/3	33/13	100	50	80
Caso 3	40	35	25	80	60	50
Caso 4	15	50	35	50	100	100[21]

El caso del individuo C es el que refleja mejor la situación que quiero mostrar: la utilidad de C aumenta cuando aumentan sus recursos, y disminuye cuando disminuyen sus recursos. Lo mismo ocurre, como puede verse, con el individuo B. El caso de A -en cambio- está excluido de mi idea, porque en los casos 1, 2 y 3 la utilidad de A varía en relación inversa a sus recursos (A está obsesionado con la idea de la igualdad, no con la posesión de recursos; yo soy en cambio mucho más cauteloso, como veremos, con la promoción de la igualdad).

La relación entre los recursos y la utilidad es también importante por otro motivo: porque permite mostrar la vinculación entre la ética y la política, entendida ésta como el diseño de las instituciones básicas de la sociedad. Es muy difícil -y peligroso- encomendar a un gobierno la distribución de la utilidad; mucho más seguro y efectivo es encomendarle la distribución de los recursos. Un utilitarista puede interesarse en la distribución de los recursos de la sociedad si cree que la posesión de recursos incrementa el nivel de utilidad. (Cualquier individuo a quien le perturbe poseer recursos -como ocurre con A- podría destruírlos, o donarlos, según lo deseara. Si el problema de A -en cambio- consiste en que a él le molesta que *los demás* posean recursos en exceso, esto sólo muestra lo difícil que es manejar en una sociedad las preferencias externas de sus integrantes).

9

Hasta ahora he proporcionado una pintura más bien negativa de la utilidad promedio: he intentado decir lo que la utilidad promedio *no debería*

[21] El cuadro reproduce parcialmente el que figura en PRASANTA K.PATTANAIK, "Risk, Impersonality, and the Social Welfare Function", *Journal of Political Economy*, vol. 76, pág.1163.

ser, al menos en filosofía moral. La utilidad promedio -insisto, en un sentido que sea relevante para la ética, no para la estadística- no puede calcularse dividiendo la utilidad total por el número de habitantes de la sociedad , como parecen querer hacer Rawls, Scarre y Brandt (y como lo muestro en el apartado 4). Este sistema presupone -de manera totalmente infundada, si es que quiere ser éticamente relevante- que la utilidad se distribuye de hecho igualitariamente entre todos los integrantes de la sociedad. (También podríamos imaginar que la teoría presupone directamente que la distribución no importa. Pero si esto fuera así, no tendría mucho sentido distinguir entre utilidad clásica y utilidad promedio, pues esta última parece apuntar -precisamente- a preocupaciones distributivas).Por otra parte, lo único que esta tesis recomienda es mantener la población lo más baja posible, lo cual -si bien no es una conclusión repugnante- tampoco resulta especialmente atractiva. Este es uno de los problemas centrales de la definición que critico.

Miremos ahora el tema de una manera positiva: ¿qué *es* la utilidad promedio? Recuérdese que -como he dicho- voy a proponer una definición estipulativa de ella. Propongo entonces decir que es la utilidad que de hecho -no teóricamente- disfruta el sector más numeroso de la sociedad. Tal vez esta definición sea -incluso- algo más que estipulativa, puesto que ella contraría expresamente la definición estadística de la utilidad. En estadística se distingue entre el *promedio* (o *media aritmética)*, la *mediana* y la *moda*[22]. Ya he dicho cual es el criterio estadístico del promedio. La mediana se refiere al caso central, que es el valor de la variable que tiene tantos casos superiores cuanto inferiores a ella. La moda, finalmente, es el valor de la variable que más se repite, el más numeroso. Yo estoy proponiendo llamar utilidad *promedio* a lo que la estadística llama utilidad *moda*. El cuadro que sigue lo muestra.

Cuadro 4

Grupo 1 (10 personas)	Utilidad 100
Grupo 2 (80 personas)	Utilidad 50
Grupo 3 (10 personas)	Utilidad 10

En este caso la utilidad promedio de la sociedad en cuestión es de 50 unidades, que es el grado de utilidad de que disfruta cada uno de los integrantes del grupo 2. Porque la utilidad promedio debe mirarse desde la posición de ese inmigrante hipotético al que me referí en el apartado 7. El tiene 8 posibilidades de 10 de concluir en el grupo 2, lo que convierte a la utilidad de

[22] Cfr. ANDRE VESSEREAU, *La Estadística*, Buenos Aires, EUDEBA, 1976, capítulo II.

los integrantes de ese grupo -de acuerdo a mi definición, por supuesto- en la utilidad promedio de la sociedad[23].

¿Por qué postulo un cambio definitorio de este tipo? En primer lugar, porque Rawls pretende exhibir la superioridad de sus principios mostrando que ellos serían elegidos en caso de competir con el principio de la utilidad promedio (o incluso con el principio de la utilidad promedio complementado con el principio de la mayor libertad y el de una equitativa igualdad de oportunidades). No cuestiono de ninguna manera su derecho a entender la utilidad promedio del modo en que él, y los demás autores que he mencionado, lo hacen, pues es precisamente el modo en que la estadística lo entiende. Pero, ciertamente, esta no es la forma más atractiva en la que puede presentarse al criterio utilitarista para que opten los individuos en la posición originaria. Rawls no derrota, entonces, a la mejor versión posible del utilitarismo, como debería hacerlo si quiere mostrar realmente la superioridad de sus principios de justicia. Pero, de todos modos, ¿por qué proponer un nuevo concepto de la utilidad *promedio*, en lugar, sencillamente, de hablar de la utilidad *moda*? Por supuesto que este es un simple problema terminológico: la utilidad promedio es una expresión usual en filosofía práctica, y de aquí proviene el valor de mantenerla. Desde luego, debe quedar en claro que lo que quiero mostrar es que la mejor versión del utilitarismo, en términos estadísticos, es la utilidad moda. A partir de aquí, sin embargo, voy a emplear la expresión *utilidad promedio* del modo que he definido.

Volviendo ahora al cuadro anterior, éste muestra -adrede- una situación exageradamente simple, en la cual un grupo abrumadoramente mayoritario tiene una utilidad homogénea de 50 unidades *per capita*. Modifiquemos algo ahora esta situación.

Cuadro 5

Grupo 1 (10 personas)	Utilidad 100
Grupo 2 (47 personas)	Utilidad 50
Grupo 3 (43 personas)	Utilidad 10

Parece artificial decir ahora que la utilidad promedio de esta sociedad es de 50 unidades, a pesar de que el grupo 2 continúa siendo el grupo mayoritario. Porque nuestro inmigrante hipotético debería advertir que ahora

[23] Tal vez en su origen histórico, el principio de la mayor felicidad se interpretó -como yo lo hago- en el sentido de la utilidad moda. El primero que empleó el principio, en efecto, fue Beccaria, y lo expresó en la forma "la mayor felicidad de la mayoría de la población", lo cual es compatible con lo que estoy sosteniendo aquí. Cfr. ROBERT SHACKLETON, "The Greatest happiness of the greatest number: the history of Bentham's phrase", *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century* 90 (1972), pág.1472.

tiene 4,7 posibilidades de 10 de concluir en el grupo 2, pero tiene también 4,3 posibilidades de 10 de concluir en el grupo 3, con sólo 10 unidades de utilidad. Para describir la situación con más realismo sugiero decir que en esta sociedad existe una *utilidad promedio (1*) de 50 unidades, y una *utilidad promedio (2)* de 10 unidades. Estos números reflejan que, si bien existe una posibilidad mayor de concluir con 50 unidades de utilidad, existe también una posibilidad apreciable de concluir con 10 unidades de utilidad. (Nótese que en la forma de calcular la utilidad promedio que emplean Rawls y los demás autores que he citado, el promedio aquí sería de 37,80, dato por completo superfluo para nuestro inmigrante, puesto que ninguno de los habitantes de esa sociedad posee -de hecho- ese grado de utilidad)

Finalmente, no podemos descartar tampoco la situación que sigue.

Cuadro 6

Grupo 1 (33 personas)	Utilidad 100
Grupo 2 (34 personas)	Utilidad 50
Grupo 3 (33 personas)	Utilidad 10

En este caso creo que tal vez debamos sostener que esa sociedad no tiene una utilidad promedio en el sentido que estoy proponiendo (aunque -recuerdo- sí la tiene desde el punto de vista estadístico).

10

Esta última conclusión, a su vez, motiva una pregunta obvia: ¿es bueno tener una utilidad promedio? El sentido de *bueno*, sin embargo, no es tan obvio. Para una teoría utilitarista -en principio- no puede existir ningún sentido de *bueno* que sea independiente de la utilidad. Si al obtenerse una utilidad promedio la utilidad total permanece constante, parecería que el cambio no es bueno sino indiferente. Pero esta respuesta presupone la cuestión y la resuelve sin más en favor del principio de la utilidad clásica.

El hecho mismo de que la utilidad promedio se presente como una alternativa al principio clásico de utilidad muestra que se ha producido un cambio en el sentido de *bueno*, y que ahora -junto con la utilidad- aparece una preocupación distributiva, que puede identificarse con el valor de la igualdad.

Me parece -además- que la igualdad reviste aquí el papel de un valor sustantivo, y no de un valor formal. Un valor formal es aquel que aparece incorporado en un principio que no establece -en sí mismo- una obligación moral que se refiere a lo que vamos a hacer, sino que establece en cambio una condición que debe ser cumplida por cualquier principio moral sustan-

tivo que establece una obligación tal[24]. Es posible creer que el utilitarismo clásico es compatible con un principio de la igualdad que sea condicionalmente formal, el cual Regan enuncia de esta forma: Si yo haría que los demás consideraran mis intereses y los computaran equitativamente, y si yo debo adoptar el punto de vista moral, entonces me comprometo a mí mismo a considerar los intereses de todos aquellos afectados, y a computar igualmente los intereses iguales[25]. En este sentido formal el utilitarismo clásico respetaría la igualdad al considerar que todos cuentan por uno y nadie por más de uno. Pero la utilidad promedio requiere algo más que esto, pues -repito- parece que la preocupación central por separarla de la utilidad clásica se basa en consideraciones distributivas.

Con las puntualizaciones anteriores, veamos ahora si es bueno tener una utilidad promedio. Ante todo, para que la pregunta resulte interesante, conviene limitarla a aquellos casos en los cuales la utilidad total permanece constante. (Porque si la utilidad total crece, existe la posibilidad de que contestemos a la pregunta por las malas razones: por las razones del utilitarismo clásico y no por las razones de la teoría de la utilidad promedio) Es muy claro, por otra parte, que la utilidad total puede variar sin que se modifique la utilidad promedio (o su ausencia). En el cuadro 6, por ejemplo, podríamos variar la cantidad de utilidad que corresponde a cada uno de los grupos, asignando 200 unidades al grupo 1, 100 al grupo 2 y 20 al grupo 3, manteniendo al mismo tiempo la composición de cada grupo. La utilidad total habría pasado de 160 unidades a 320, pero seguiríamos -no obstante- sin tener utilidad promedio (sólo desde el punto de vista ético que estoy proponiendo, recuerdo otra vez). El cambio sería bueno -por supuesto- aunque por otras razones: porque lo recomienda el principio de la utilidad clásica y porque es también paretianamente superior. Conseguir la utilidad promedio -siempre según mi definición- no es entonces condición necesaria de la bondad de un cambio social.

Pero veamos el caso interesante, en el cual la utilidad total no varía. El caso original, en el cual no existía utilidad promedio, está representado en el cuadro que sigue por la situación A.

[24] Cfr.TOM REGAN, "Utility and Equality. Some Neglected Problems", *Journal of Value Inquiry*, vol.17 (1983), pág. 35.

[25] REGAN, cit., págs. 37 y 50.

Cuadro 7

	A	B	C
Grupo 1:	33 personas-utilidad 100	3 personas-utilidad 15	33 personas-utilidad 100
Grupo 2:	34 personas-utilidad 50	64 personas-utilidad 77,5	64 personas-utilidad 31,5
Grupo 3:	33 personas-utilidad 10	33 personas-utilidad 10	3 personas-utilidad 5

En la situación B los 64 individuos del grupo 2 provienen de los 34 individuos que originariamente lo integraban en la situación A, más 30 individuos que integraban originariamente el grupo 1. En la situación C los 64 individuos del grupo 2 provienen de los 34 individuos que originariamente lo integraban en la situación A más 30 individuos que integraban originariamente el grupo 3.

Mientras en A ya habíamos dicho que no había utilidad promedio, la hay claramente en B (77,5) y en C (31,5). (Digo *claramente* en la medida en que mi definición habla del "sector más numeroso de la sociedad", de la *moda* estadística, y un conjunto que abarque al 64% de la población cumple con ese requisito) En los tres casos la utilidad total es prácticamente la misma (varía sólo entre 5330 y 5335 unidades), y se calcula multiplicando la utilidad de cada grupo por el numero de individuos que lo integra, y luego agregando estos resultados .

Un primer problema que enfrenta el cuadro -aunque marginal- es el siguiente: ¿puede en la situación B transferirse a individuos del grupo 1 al grupo 2 sin pérdida alguna en la cantidad total de utilidad? Tal vez los ricos que pierden recursos que antes habían poseído sufren más por su carencia que los pobres que nunca los poseyeron. Pero voy a suponer que esa pérdida se compensa en virtud de la utilidad marginal decreciente, que supone una felicidad adicional para aquellos integrantes del grupo 2 que mejoraron su posición. (También debo suponer, y esto ya es más complicado, que no se presentaron aquí problemas de incentivos).

Sin embargo este -como he dicho- es un problema marginal. El problema central es el siguiente: a partir de la situación A -en la cual no había utilidad promedio- hemos visto que puede generarse la utilidad promedio sin pérdida de utilidad total, pero que no existe una única forma de generarla sino múltiples formas, de las cuales las situaciones B y C son apenas dos ejemplos. ¿Cómo responder entonces a la pregunta de si es bueno tener utilidad promedio? Parece que hay que responder primero a una pregunta previa: ¿a cuál utilidad promedio nos estamos refiriendo?

11

Comparemos primero A con B (la comparación -recuérdese- hay que hacerla en base a los dos valores en juego: la utilidad y la igualdad). La utilidad total es la misma en ambas situaciones, de modo que ellas son indiferentes respecto de ese valor. Hay más igualdad en B que en A en un sentido: existe un número mayor de individuos que tienen la misma utilidad (y se trata de una utilidad *per capita* superior a la de A, de modo que no se ha igualado hacia abajo). Hay también más igualdad en B en otro sentido distinto: la diferencia en utilidad entre el grupo mejor situado y el grupo peor situado es menor en B (67,5 unidades) que en A (90 unidades). Sin embargo, hay más desigualdad en B que en A respecto de la diferencia entre el grupo mejor situado y el que le sigue en utilidades (50 unidades en A y 62,5 unidades en B). Pese a esta circunstancia, la igualdad sigue resultando mayor en B que en A, por lo cual -permaneciendo idéntica la utilidad total en ambas situaciones- es bueno tener la utilidad promedio de B comparada con la falta de utilidad promedio de A.

Ahora comparemos A con C, situaciones en las cuales también la utilidad total sigue siendo la misma. Hay más igualdad en C que en A en un sentido: existe un número mayor de individuos con igual utilidad. Pero en este caso ese número de individuos -que ahora conforma el nuevo grupo 2- tiene una utilidad *per capita* menor de la que disfrutaban los primitivos integrantes del grupo 2. Volver a repetir -simplemente- que la utilidad total sigue siendo la misma significa presuponer la respuesta y dar por sentado que el principio de la utilidad clásica es el adecuado. La utilidad promedio muestra una preocupación distributiva, y los integrantes del grupo 2 parecen estar peor en C que en A. (Digo *parecen* porque al cambiar el número de sus integrantes supongo que puede discutirse si sigue siendo *el mismo* grupo). Si hay un conflicto entre la utilidad y la igualdad -como luego veremos- la utilidad debe prevalecer. Además de esta circunstancia, de por sí decisiva, es mayor la desigualdad entre el grupo mejor situado y el peor situado en C (95 unidades) que en A (90 unidades), y es también mayor la diferencia entre el grupo mejor situado y el que le sigue en utilidades (50 unidades en A y 68,5 en C). En este caso, entonces, la pregunta se responde de esta manera: no es bueno tener la utilidad promedio de C comparada con la falta de utilidad promedio de A.

No hay una respuesta unívoca -entonces- a la pregunta formulada en el apartado 10. A veces es bueno tener utilidad promedio, y a veces no lo es: todo depende de la comparación entre las alternativas disponibles, efectuadas en base a la utilidad total, a la utilidad *per capita* y a la igualdad entre los miembros de la sociedad.

Estos tres rasgos son necesarios para que el resultado de la comparación no resulte contraintuitivo en estos casos. Si eliminamos la utilidad total -

por ejemplo- y nos concentramos en la utilidad *per capita*, valoraríamos lo mismo un mundo con dos sujetos igualmente felices que un mundo con diez mil millones de sujetos igualmente felices, y en el mismo grado en que lo eran en el mundo anterior. Y si eliminamos en cambio la utilidad *per capita*, y nos concentramos en la utilidad total (suplementándola con la igualdad), sería mejor un mundo igualitario poblado por un trillón de personas con una utilidad de 0,1 unidades que un mundo igualitario poblado por diez mil millones de personas con una utilidad de 100 unidades. (Cuando hablo aquí de *mundos* estoy considerando que los seres de ambos mundos ya existen, lo cual diferencia este ejemplo de la *conclusión repugnante* de Parfit)

12

Pero el lector se habrá asombrado ante un rasgo de las comparaciones que he efectuado: en ningún momento me he detenido especialmente a examinar la situación del grupo 3, esto es, la situación del grupo de individuos peor situados en la sociedad. Ahora voy a explicar por qué he procedido de este modo, y la explicación mostrará la diferencia entre la teoría de la utilidad promedio y la teoría de Rawls (una diferencia obvia -desde luego- consiste en que el principio de distribución de Rawls no se interpreta en términos de utilidad sino de bienes sociales primarios, pero no es esa la diferencia a la que quiero referirme aquí).

La teoría clásica de la utilidad valora una sola cosa: la propia utilidad. La teoría -en consecuencia- ordena maximizar también una sola cosa: la utilidad total. La teoría de la utilidad promedio valora dos cosas (luego veremos de qué manera): la utilidad y la igualdad. Al valorar dos cosas -como también veremos- la teoría tiene problemas con la maximización, pero dejémoslos por un momento de lado. A la teoría de la utilidad promedio le interesa la utilidad total y también la forma como ella está distribuida: cuanto más igualitariamente se distribuye la utilidad total, mejor. Pero la teoría, insisto, valora *dos* cosas: la utilidad y la igualdad. No valora -en cambio- *tres* cosas: la utilidad, la igualdad y el mejorar la situación de los peor situados. En otras palabras: la teoría tiene preocupaciones igualitarias, pero no prioritarias.

El trabajo clásico para distinguir entre ambas preocupaciones es el de Derek Parfit. El la explica de esta forma:

> *Para el utilitarista, la importancia moral de cada beneficio depende sólo de lo grande que sería ese beneficio. Para los Prioritaristas, también depende de cuán bien esté económicamente la persona a la que se otorga ese beneficio. No deberíamos otorgar igual peso a iguales beneficios, quienquiera sea el que los reciba. Los beneficios a los peor situados deberían tener más peso*[26].

[26] DEREK PARFIT, *Equality or Priority*?, University of Kansas, 1991, págs.19/20.

No digo que este sea un rasgo encomiable de la teoría utilitarista sino que me limito a formular un enunciado descriptivo (aunque -en rigor- no veo cómo podrían - a la vez- combinarse preocupaciones por la utilidad con preocupaciones igualitarias y prioritarias).

La teoría de Rawls -en cambio- valora dos cosas: los bienes sociales primarios y el mejorar la situación de los peor situados. No valora en cambio a la igualdad, en el sentido de que permite apartarse de ella cuando al hacerlo se mejora la posición de los menos aventajados. Para la teoría de Rawls, por ejemplo, el único elemento decisivo para no pasar de la situación A a la situación C en el cuadro 7 reside en que el grupo menos aventajado (el grupo 3) está peor en C que en A. La teoría de Rawls es prioritaria antes que igualitaria.

13

Ya hemos visto que no existe una respuesta unívoca a la pregunta a la pregunta de si es bueno *tener* una utilidad promedio. Pero supongamos que en la sociedad que nos ocupa ya existe la utilidad promedio. La pregunta relevante que resta formular es esta: ¿es bueno *mejorar* la utilidad promedio ya existente?

Voy a utilizar -por supuesto- el mismo sentido de *bueno* que empleé anteriormente. Consideremos de nuevo dos de los casos que vimos en el cuadro 7, modificando en uno de ellos la letra que lo designa (el caso A de este cuadro es el caso C del cuadro 7).

Cuadro 8

	A	B
Grupo 1:	33 personas - Utilidad 100	3 personas-utilidad 15
Grupo 2:	64 personas - utilidad 31,5	64 personas-utilidad 77,5
Grupo 3:	3 personas - utilidad 5	33 personas-utilidad 10

La utilidad total -que resulta de multiplicar la utilidad *per capita* por el número de individuos- se mantiene constante. La desigualdad entre el grupo mejor situado y el grupo que le sigue en utilidad es menor en B que en A. La desigualdad entre el grupo mejor situado y el grupo peor situado también es menor en B que en A. Y en B el grupo mayoritario tiene una mejor utilidad que en A, por lo cual -en este caso- mejorar la utilidad promedio -pasando de A a B- merece el calificativo de *bueno*. Creo que merece ese calificativo incluso si la existencia de un grupo que asciende al 33% de la población impone hablar de utilidad promedio (1) y utilidad promedio (2), como vimos en el apartado 9. En este caso A tenía una utilidad promedio (1) de 31,5 y una utilidad promedio (2) de 100, mientras B tiene una utilidad promedio (1) de 77,5 y una utilidad promedio (2) de 15. Aún así, si descartamos una extrema aversión al riesgo, sigue siendo racional preferir B a A, y alguien

con extrema aversión al riesgo debería recordar todavía que el grupo menos aventajado está peor en A que en B.

Adviértase sin embargo, que -en consonancia con lo que expliqué en el apartado 12- *no* he empleado como argumento para preferir a B por sobre A el hecho de que el grupo peor situado está mejor en B que en A. Este argumento sería decisivo para un rawlsiano, pero -repito- la teoría de la utilidad promedio no es una teoría prioritaria.

Obviamente, si la utilidad promedio puede mejorar como consecuencia de un aumento en la utilidad total, que no disminuya a la vez la utilidad en ninguno de los grupos, esa mejora será buena, por cuanto -entre otras cosas- es paretianamente superior. Pero, ¿qué ocurre en aquellos casos en los cuales la utilidad total disminuye? Consideremos la situación del cuadro que sigue.

Cuadro 9

	A	B
Grupo 1-20 personas	Utilidad 200	Utilidad 60
Grupo 2-60 personas	Utilidad 30	Utilidad 40
Grupo 3-20 personas	Utilidad 10	Utilidad 10

La utilidad total de A asciende a 6000 unidades, mientras que la de B asciende sólo a 3800 unidades. La utilidad promedio mejoró, sin duda, y también la situación es mejor en B que en A en términos de igualdad. Frente a ello, también es cierto que se experimentó una pérdida en la utilidad total del orden del 37%. ¿Es bueno en este caso mejorar la utilidad promedio?

Las dudas que genera esta pregunta muestran las dificultades que enfrentan las teorías axiológicas pluralistas, puesto que los valores que ellas postulan entran muchas veces en conflicto. La teoría de la utilidad clásica no tiene este problema, pues se trata de una teoría monista que postula a la utilidad como único valor. Pero -si en una situación determinada- hay más igualdad pero menos utilidad, ¿cómo se resuelve la cuestión? Esta es la pregunta que debe responder ahora la teoría de la utilidad promedio. Veamos cómo puede hacerlo.

14

Bentham entró en problemas cuando propuso como meta la mayor felicidad del mayor número, puesto que no puede maximizarse simultáneamente más de una variable[27]. Aquí radica el problema de la teoría de la utilidad promedio. Imaginemos estas dos situaciones:

[27] Sobre este punto, cfr.AMNON GOLDWORTH, "The Meaning of Bentham's Greatest Happiness Principle", *History of Philosophy*, 7, (1969), pág. 318. Correctamente, Goldworth recuerda que fueron von Neumann y Morgenstern quienes observaron que un principio que guíe no puede ser formulado mediante el requerimiento de maximizar dos (o más) funciones a la vez.

Cuadro 10

	A	B
Grupo 1-20 personas	Utilidad 200	Utilidad 65
Grupo 2-60 personas	Utilidad 50	Utilidad 55
Grupo 3-20 personas	Utilidad 20	Utilidad 25

La utilidad total en la situación A asciende a 7400 unidades, mientras que en B ha descendido a 5100. Pero en B -a su vez- hay más igualdad que en A, porque hay una diferencia menor entre el grupo 1 y el grupo 2, mientras se mantiene la misma diferencia entre el grupo 2 y el grupo 3. La utilidad promedio ha mejorado en B, pasando de 50 unidades a 55. ¿Cómo puede manejar la teoría de la utilidad promedio esta tensión entre utilidad e igualdad?

La teoría utilitarista en cualquiera de sus versiones -utilidad clásica o utilidad promedio- es una variante del consecuencialismo. Cualquier teoría ética consecuencialista presenta esta estructura: lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto, y lo correcto no se concibe independientemente de lo bueno; lo correcto consiste -simplemente- en maximizar lo bueno.

La teoría clásica no tiene ningún problema con esta estructura, porque se trata de una teoría monista: lo bueno es la utilidad, y lo correcto consiste en maximizar la utilidad. Pero la teoría de la utilidad promedio sí tiene problemas, y problemas graves. Porque se trata de una teoría pluralista, que postula como valores a la utilidad y a la igualdad (a esta última en el sentido de que la teoría se preocupa por la distribución de la utilidad). Ahora bien: si esto es lo bueno, lo correcto ya no es tan claro, porque no se pueden maximizar -a la vez- la utilidad y la igualdad. El cuadro 10 muestra este problema. Hay situaciones en las cuales para maximizar la utilidad hay que reducir la igualdad (situación A) y viceversa (situación B). Este resultado incómodo acontece porque la estructura consecuencialista tiende -naturalmente- a sostener una teoría monista.

Ha habido muchos intentos, por supuesto, de reconciliar a la utilidad con la igualdad, pero no me parece que hayan sido exitosos. Weinrich, por ejemplo, propone que el peso de la utilidad decrezca a medida en que crezca la utilidad del agente en la situación dada: el peso de la utilidad es inversamente proporcional a la utilidad del agente en la situación dada. Esta propuesta, entonces, otorga un peso mayor a las ganancias en utilidad de aquellos que están peor situados[28].

[28] PAUL WEINRICH, "Utility Tempered with Equality", *Nous*, vol.XVII, number 3, pág. 424.

El intento de Weinrich enfrenta varias dificultades. Ante todo, él sostiene explícitamente que adopta como versión utilitarista a la de la utilidad promedio[29], de donde ya su concepto de utilidad presenta componentes igualitarios. En segundo lugar, él va más allá de la idea -generalmente compartida- de la utilidad marginal decreciente. Incluso después de haber convertido las ganancias en bienes en ganancias en utilidad -computando en esa conversión la utilidad marginal decreciente- el valor moral de la ganancia disminuye a medida que la utilidad se incrementa[30]. Esto parece implicar una cuenta doble en contra de la utilidad. Si la utilidad de la riqueza -por ejemplo- disminuye naturalmente con el incremento de la riqueza misma, ¿por qué hacer decrecer otra vez su valor en el cómputo final?[31]

Sin embargo, la dificultad más importante de la propuesta de Weinrich es otra; ella se relaciona con las unidades de medida y -en consecuencia- con la forma de comparar ambos valores, la utilidad y la igualdad, en sus respectivas magnitudes.

Supongamos que a una situación de perfecta igualdad (de recursos, digamos) le asignamos el número máximo en la escala de ese valor (cien, digamos). En esta situación ideal de igualdad es inteligible decir que estamos entonces en presencia de cien unidades de igualdad. Pero, ¿cómo calculamos el valor de cada una de las unidades? Imaginemos que es posible diseñar aquí algún modo significativo de hacerlo, y que puedo decir -comprensiblemente- que una situación determinada -ahora no ideal- tiene setenta y cinco unidades de igualdad. Es verdad que puedo decir que es posible comparar ambas situaciones en términos de igualdad. Pero, ¿resuelve esto el problema de comparar a la igualdad con la utilidad? Desde luego que no.

¿Cuál es el nivel de utilidad que debemos tomar como punto de partida? ¿Cuál es el nivel "normal" de utilidad? ¿A qué situación de utilidad deberíamos asignarle el punto cien que asignamos a la situación ideal de igualdad? Pero supongamos, otra vez, que también es posible superar este problema, y que podemos hablar -sensiblemente- de unidades de utilidad. Incluso así, ¿sobre qué base podríamos suponer que una unidad de utilidad equivale a una de igualdad? Para que esta pregunta tuviera respuesta ambas unidades deberían responder a una métrica común, y esa métrica debería sustentarse en un valor; llamémoslo x. Una unidad de utilidad equivaldría a una de igualdad cuando ambas realizaran x en el mismo grado. Pero entonces lo que

[29] WEINRICH, cit., pág. 435.

[30] WEINRICH, cit., pág. 431.

[31] He tratado de no caer en la cuenta doble en *La filosofía del liberalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, capítulo 4, pero no sé si con éxito.

realmente importa en una ética de este tipo no es ni la utilidad ni la igualdad: ¡es *x*!. Y la ética en cuestión, entonces, vuelve a ser monista.

Por eso creo que la única salida posible para el pluralista consiste en ordenar jerárquicamente sus valores, asignando a uno de ellos prioridad respecto del otro. Esto nos deja -entonces- frente a dos alternativas: a) la igualdad es prioritaria respecto de la utilidad, y b) la utilidad es prioritaria respecto de la igualdad. La alternativa a) es inadmisible. Veamos estas dos situaciones.

Cuadro 11

	A	B
Grupo 1-30 personas	Utilidad 200	Utilidad 5
Grupo 2-40 personas	Utilidad 100	Utilidad 4
Grupo 3-30 personas	Utilidad 50	Utilidad 3

Si la igualdad es prioritaria, B es mejor que A. Puesto que la igualdad como valor supremo puede conducir en muchos casos a igualar hacia abajo, esta circunstancia basta para mostrar que la igualdad no puede ser el valor supremo. La teoría de la utilidad promedio debe valorar primero a la utilidad, y -sólo cuando ha obtenido una cantidad aceptable de utilidad- preocuparse -ahora sí- por su distribución, momento en el cual la igualdad entra en escena.

No obstante, si la prioridad de la utilidad sobre la igualdad es muy rígida pueden presentarse algunas situaciones dificultosas. Este sería un ejemplo.

Cuadro 12

	A	B
Grupo 1-30 personas	Utilidad 200	Utilidad 100
Grupo 2-40 personas	Utilidad 30	Utilidad 60
Grupo 3-30 personas	Utilidad 5	Utilidad 30

En la situación A la utilidad total asciende a 7350 unidades, mientras que en B llega sólo a 6300. La utilidad promedio, sin embargo, es mejor en B que en A, y el grado de igualdad es mucho mayor en B que en A. Si sólo pudiéramos preocuparnos por la igualdad cuando la utilidad total quedara intacta (o aumentara) las conclusiones de la teoría de la utilidad promedio diferirían muy poco de las de la teoría clásica.

A esta situación dificultosa se arriba debido a la forma en que se prioriza a un valor (la utilidad) frente al otro (la igualdad). En este caso los valores han sido ordenados lexicográficamente, lo que implica que uno puede ocuparse del valor inferior sólo cuando ha sido íntegramente satisfecho el valor superior. La igualdad recién entra en juego cuando se ha maximizado la utilidad.

De modo que la teoría de la utilidad promedio enfrenta una tensión: por una parte, debe establecer un orden jerárquico entre los dos valores que postula, pues así lo requiere su estructura consecuencialista; por la otra -y teniendo en cuenta que el valor prioritario debe ser la utilidad- ese orden jerárquico no puede alcanzar la estrictez de un orden lexicográfico, puesto que en ese caso la teoría colapsaría en la de la utilidad clásica. Desde luego que no me propongo aquí solucionar este problema sino sólo mostrarlo. Tal vez la teoría de la utilidad promedio deba recurrir a la intuición en los casos dificultosos, lo cual contaría -a mi juicio- como uno de los rasgos negativos de la teoría.

15

Los autores que se han ocupado del tema de la utilidad usualmente han interpretado las diferencias que existen entre la teoría clásica y la teoría de la utilidad promedio de acuerdo a las exigencias de la estadística. Han entendido entonces -centralmente- que existe una equivalencia entre ambas teorías si la población se mantiene constante. Esta manera de definir a la utilidad promedio no es fructífera para la filosofía moral, ni es la mejor forma de presentar a la teoría utilitarista para que compita con el Principio de Diferencia rawlsiano en la posición originaria.

Puesto que la teoría clásica es monista -y su único valor es la utilidad- la teoría postula -dentro de su estructura consecuencialista- la maximización de la utilidad. No existe en la teoría clásica, ni puede existir, ninguna preocupación distributiva. Es cierto que la teoría acepta el principio de la utilidad marginal decreciente, pero este principio -por sí solo- no garantiza una distribución igualitaria de la utilidad, por dos razones: a) La utilidad marginal decreciente es mucho menor respecto de la moneda que de otros bienes. El primer bombón de chocolate tiene -para la misma persona- algo más de utilidad que el segundo, y mucho más que el décimo, pero el primer peso tiene la misma utilidad que el décimo, porque puedo emplear el primero para comprar un bombón de chocolate, y el décimo para comprar cualquier otra cosa. b) Los incentivos varían de individuo a individuo, y es posible que para aumentar la utilidad total sea necesario concentrar buena parte de ella en algunos individuos determinados[32].

---

[32] Murphy y Nagel explican correctamente la relación entre el bienestar y la igualdad para el utilitarismo ortodoxo: "Los utilitaristas...están interesados en promover el bienestar general total, de acuerdo a alguna medida adecuada. La reducción de la desigualdad es concebida por ellos como un simple medio para la promoción de este fin, no como un fin en sí mismo". LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *The Myth of Ownership*, Oxford University Press, 2002, pág. 56.

Todo esto sugiere que existe una estrecha relación entre la utilidad y la posesión de recursos. No estoy sugiriendo -por cierto- que la utilidad equivalga exactamente a los recursos disponibles. El tema es mucho más complejo, y el nivel de utilidad depende también -entre otras cosas- del tiempo libre, del grado de libertad del que se disfrute y de la falta de polución ambiental, por ejemplo. En otras palabras: de lo que usualmente se denomina el nivel de vida y la calidad de vida (que son dos conceptos diferentes)[33]

Lo que la relación entre la utilidad y los recursos muestra es la existencia de otra relación: la que se establece entre la ética y la política. Una preocupación ética por la utilidad conduce a una preocupación política por la distribución de los recursos.

Como he dicho, la mayoría de los autores interpretan de un modo estadístico las diferencias entre la utilidad clásica y la utilidad promedio. En el primer caso agregan las utilidades individuales, y arriban -así- a la utilidad total. Esto parece adecuado. Pero luego, para obtener la utilidad promedio, dividen la utilidad total por el número de individuos de la sociedad en cuestión. Esto no me parece adecuado para la filosofía moral (y una definición estipulativa inadecuada no proporciona razones para mantenerla fuera de su ámbito original). Parece presuponer, sin ningún fundamento, que la utilidad se distribuye igualitariamente entre todos los miembros de la sociedad, lo cual -como cuestión empírica- es falso. O presuponer -lo cual es verdadero- que la utilidad total, aunque de hecho no se distribuye igualitariamente, *podría* distribuírse de este modo (*a la* Kaldor-Hicks). Pero esta posibilidad -como cuestión ética- es irrelevante (aunque no *del todo* irrelevante, puesto que -como se ha visto- el criterio garantiza un incremento en la utilidad total), y si es irrelevante desde el punto de vista ético, ¿qué sentido tiene compararla -por ejemplo- con los principios de Rawls dentro de un esquema normativo, como lo es el de una teoría de la justicia?

Con esta mala interpretación, no es de extrañar que el único consejo que estos autores proporcionan sea el de mantener baja la población. Su idea se reduce a exhortar que seamos los menos posibles, única idea disponible para defenderse de la *conclusión repugnante*.

No estoy en desacuerdo con la idea, en principio. Si los recursos son finitos, cuanto más individuos haya para repartirlos, algunos se quedarán con menos recursos (y, probablemente, derivarán entonces menos utilidad). Pero la teoría clásica (en una interpretación plausible) no propone aumentar indefinidamente la población, sino crear la mayor utilidad total posible para la población existente.

---

[33] Me he ocupado del tema en *La filosofía del liberalismo*, cit., capítulo 6.

Y me parece mejor entender a la utilidad promedio -utilizando otro concepto de la estadística- no como la utilidad de la que *podrían* disfrutar los individuos que integran la sociedad, sino como la utilidad de la que *de hecho* disfruta el segmento mayoritario de la población. Una población minúscula no es condición suficiente de una adecuada distribución de la utilidad. Con una definición del tipo de la que propongo, resultaría atractivo -normativamente- optar por la teoría de la utilidad promedio.

Estos son los temas que he encontrado confusos en la literatura usual sobre el utilitarismo y que me propuse aclarar. Respecto de otros temas vinculados con los anteriores, tales como la conveniencia de poseer una utilidad promedio, o las ventajas de mejorarla, su propia naturaleza me ha impedido proporcionar otra cosa que respuestas meramente tentativas. Pero me parece que la utilidad promedio, en la acepción que propongo, es una competidora más fuerte para el principio de diferencia que la utilidad promedio *a la* Rawls[34].

Conclusión

Quien promete poco, defrauda poco. Dije al comienzo que no iba a proporcionar ningún argumento decisivo en contra del criterio maximin, sino tan solo a tratar de debilitar su atractivo, y -consecuentemente- el atractivo del principio de diferencia, que resultaría elegido como resultado de la adopción del maximin. Esto creo que lo he hecho.

He mostrado que Rawls es ambivalente respecto del principio de diferencia, porque mientras, por una parte, acepta compararlo directamente con el principio utilitarista sin necesidad de reforzarlo con el principio de la máxima libertad, ni con el principio de la igualdad equitativa de oportunidades, por la otra se rehúsa a concederle *status* constitucional y a aplicarlo en el ámbito del derecho internacional. Me he limitado a aceptar la propuesta de Rawls, y a sugerir que comparemos el principio de diferencia con mi versión mejorada del principio de la utilidad promedio[1].

También he mostrado que el criterio maximin es nada más que una de las posibilidades que se nos ofrecen para elegir en situaciones de incertidumbre. El criterio bayesiano es una posibilidad atractiva, y nadie discute que este

---

[34] Las observaciones de Juan Larreta e Iñaki Zuberbuhler mejoraron decisivamente esta sección. Una versión preliminar de la misma aparecerá en el volumen sobre Rawls que el profesor Agustín Squella publicará en Valparaíso, Chile. Agradezco su autorización.

[1] Es curioso que, a diferencia de Rawls, Hart crea que las críticas al utilitarismo son más sólidas cuando se las dirige a la teoría de la utilidad promedio que a la teoría utilitarista clásica. Cfr.H.L.A.HART, “”Between Utility and Rights”, en Alan Ryan (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, 1979, pág. 80.

criterio conduce a adoptar como principio de justicia alguna versión de la utilidad promedio.

Pero lo más importante es advertir cómo la elección misma de los principios de justicia permite a veces transformar una situación de incertidumbre en una de riesgo, esto es, transformar una situación en la cual se desconocen las probabilidades en una situación en la cual es posible efectuar un cálculo de probabilidades.

A veces ese cálculo puede equivaler a la certeza, o probabilidad 1. Supongamos que en la posición originaria optamos por elegir como principio la distribución igualitaria de bienes sociales primarios. Entonces los participantes tienen la certeza de que les va a corresponder exactamente la misma cantidad de bienes sociales primarios; cada uno de ellos, en otras palabras, sabe que tendrá tantos bienes como los demás, y esto lo sabe con probabilidad 1. Los participantes saben también que, desde el punto de vista de la distribución del ingreso y la riqueza, ellos vivirán en una sociedad sin clases, y esto también lo saben con probabilidad 1.

Ahora supongamos que en la posición originaria se opte por maximizar la utilidad promedio en la versión que he sugerido. En este caso también se pueden asignar probabilidades al estado social resultante, aunque ya no con probabilidad 1. Un participante no tiene la certeza de concluir con una cantidad determinada de bienes, pero esto no le impide realizar una asignación de probabilidades. El sabe que tiene una probabilidad alta de concluir en un grupo social específico, esto es, en el grupo cuya utilidad determina la utilidad promedio de la sociedad. Sabe algo más: que esa es la probabilidad más alta de todas, porque ese grupo va a ser el más numeroso de la sociedad (y los será por definición, puesto que de lo contrario, no habría en ella utilidad promedio). Y sabe todavía algo más: que la preocupación central de la sociedad va a ser mejorar tanto como sea posible la utilidad de ese grupo, puesto que la sociedad estará comprometida a maximizar -nuevamente, en la medida de lo posible- la utilidad promedio. Todas estas son asignaciones de probabilidad, aunque ninguna de ellas llegue a la certeza de que este individuo va a integrar el grupo más numeroso.

Quiero resaltar un rasgo relevante de esta situación. Si se adopta la versión tradicional de la teoría de la utilidad promedio, entonces el adoptar este principio de distribución de bienes es una consecuencia de la adopción previa del criterio bayesiano: en otras palabras, estamos aquí en presencia de una asignación *subjetiva* de probabilidad, estamos tratando a una situación de incertidumbre *como si* fuera una situación de riesgo. Pero si se adopta mi versión de la utilidad promedio, estamos frente a una asignación *objetiva* de probabilidad, esto es, ahora la antigua situación de incertidumbre *es* una situación de riesgo.

De modo que una situación puede ser inicialmente una situación de incertidumbre, en el sentido de que no puedan asignarse probabilidades en ella. Pero que siga siéndolo dependerá de los principios que se empleen para diseñar las instituciones sociales. El criterio maximin arranca con una situación de incertidumbre, y sigue manteniendo esa incertidumbre: nadie sabe cuál va a ser su lugar en la sociedad, ni que probabilidad tiene de ocupar un lugar determinado más que otro. Mantenerse en una situación de incertidumbre es la alternativa elegida por aquellos que optan por el criterio maximin.

La elección del principio igualitario convierte a la situación de incertidumbre en una de certeza: todos saben cuál va a ser su lugar en la sociedad. Y la elección de la maximización de la utilidad promedio convierte a la situación inicial en una auténtica situación de riesgo: ahora podemos asignar alguna probabilidad a nuestra chance de concluir en el grupo social más favorecido, porque sabemos que este será el grupo más numeroso en la sociedad. (Debo aclarar qué quiero decir aquí con la expresión *más favorecido*: no se trata del grupo que dispone de los mayores recursos en la sociedad, por cierto, sino de otra cosa: es el grupo cuya utiliidad se trata de maximizar, para que sea lo más alta posible. El problema de los incentivos hará que en muchas oportunidades resulte necesario que algunos grupos tengan más recursos que el grupo que más nos interesa. Esto no es nada extraño, por cierto: exactamente lo mismo resulta de la aplicación del criterio maximin).

Este es un argumento adicional para socavar el atractivo del criterio maximin: que la situación inicial siga siendo una de incertidumbre depende de la adopción misma del criterio elegido para optar por principios de justicia. La situación inicial de incertidumbre puede convertirse en una de riesgo (optando por maximizar la utilidad promedio) o en una de certeza (optando por una distribución igualitaria de bienes primarios).

Por otra parte, si -como Rawls insiste en sostener- las partes en la posición originaria no tienen una especial aversión al riesgo, nada impide que opten por maximizar la utilidad promedio, sabiendo que ellas tienen una alta probabilidad de concluir en el grupo más favorecido por el criterio. Insistir en mantener una situación de incertidumbre, adoptando para ello el criterio maximin, requiere en cambio una actitud fóbica respecto del riesgo. Significa descartar el cálculo de probabilidades, cuando podemos tenerlo a nuestra disposición, y continuar pensando en que nuestro lugar en la sociedad estará asignado por un enemigo.

He dicho desde un comienzo que puede argumentarse en favor del principio de diferencia sin necesidad de recurrir a la posición originaria. Respecto de esta forma de argumentar no he presentado ninguna objeción. Me he concentrado en objetar la argumentación que desarrolla el propio Rawls,

esto es, en la argumentación que arriba al principio de diferencia partiendo de la posición originaria. En este caso, prometí algunos argumentos que debilitaran la opción por el principio de diferencia, y convirtieran en más atractiva la opción por el principio de maximizar la utilidad promedio. Espero haberlos proporcionado.

LA ÉTICA EN LA ERA DE LA TÉCNICA. ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA A KARL-OTTO APEL Y HANS JONAS

Paolo Becchi
Universidad de Génova

Desde siempre la técnica ha acompañado la existencia del hombre sobre la tierra, pero mientras que en las épocas pasadas, la técnica permanecía de todos modos subordinada a la naturaleza, la época moderna se constituye sobre el radical vuelco de esta relación: la naturaleza se vuelve el campo ilimitado de la actividad transformadora del hombre, a la que está totalmente sometida. El modelo biomórfico propio del mundo antiguo es sustituido integralmente por el modelo mecánico.

Si para el propio modelo, magistralmente representado por el segundo libro de la *Física* de Aristóteles[1], la *téchne* está subordinada a la *phýsis* y se le asigna la tarea de imitar (y en todo caso ayudar) a la naturaleza[2], para el segundo modelo, que se remonta a la gran revolución científica del siglo diecisiete, la naturaleza se vuelve una gran máquina movida por conecciones causales y, una vez descubierto el mecanismo, el ser humano no está sólo en condiciones de de imitarla, sino que también la recrea con las propias manos y construye nuevas máquinas capaces de suplir sus defectos.

La naturaleza no es más, aristotélicamente, el fin dentro del cual se coloca el mismo actuar del hombre, sino que se nos aparece baconianamente

[1] Cfr. Aristóteles, *Física*, II (B), 1, trad. M. Boeri, A. Vigo, Bs. As. 1993/5. Al respecto véase el comentario de M. Heidegger, *Vom Wesen und Begriff der physis. Aristoteles Physik B 1* (1940), en: *Il pensiero* III, 2, 1958, pp. 131-156 y III, 3, 1958, pp. 265-290: En los mismos números de la revista, en apéndice, es asimismo publicada la traducción italiana de G. Guzzoni.

[2] La técnica tiene, por tanto, una función complementaria respecto de la naturaleza: la ayuda a cumplir lo que la naturaleza no alcanza a lograr por sí sola. Cfr. en particular: Aristóteles, *Protreptico*, fr. 11 Ross. Sobre la relación naturaleza-*téchne* en la filosofía antigua, entre la literatura más reciente véase el ensayo de Enrico Berti, en el que viene bien deliniada la posición de Aristóteles. Cfr. Enrico Berti, "Il concetto di natura en la filosofia classica", en: *Studium*, 4-5, 1987, pp. 497-509.

"constreñida y atormentada, removida a la fuerza de su estado ordinario y comprimida y forjada mediante el arte y el ministerio humano"[3]. Si para Aristóteles el hombre alcanza su propio fin y el de las cosas cuanto más se acerca a la naturaleza y la asume como modelo, para la concepción moderna vale exactamente lo contrario: todo lo que es natural debe ser reconducido a lo que es humano.

La naturaleza no es más un orden movido por fines, no hay en ella ninguna sacralidad que respetar y la técnica pierde aquella peculiar función de complementareidad respecto de la naturaleza, que había precedentemente. El advenimiento de la ciencia moderna prepara el terreno de este giro tecnológico: el temor que evocaban las misteriosas fuerzas naturales desaparece cuando su conocimiento exacto las revela. Pero recién la revolución industrial del siglo XIX completa el giro tecnológico de las ciencias naturales. Aquí se verifica aquella alianza que distingue al progreso moderno: el nuevo modo de relacionarse con la naturaleza, explícitamente teorizado por la ciencia moderna, deviene realidad concreta. Privada de toda aura, la naturaleza no era otra cosa que un objeto para someter a nuestro dominio.

En un primer momento ello ha comportado, para decirlo con Kant, la salida del hombre del estado de minoridad y la afirmación de su supremacía sobre la tierra. Pero al extenderse su poder se han alterado las relaciones con la naturaleza hasta el punto que hemos llegado, de poner en peligro su propia sobrevivencia sobre el planeta. Los hombres han pagado el acrecentamiento de su poder tecnológico no sólo con el extrañamiento de aquello sobre lo cual lo ejercitan, sino también con la destrucción de aquello que han aprendido a dominar. No pienso tanto en la amenaza nuclear, en un apocalipsis imprevisto que de un golpe borre de nuestro planeta la especie humana y otras formas de vida, sino más bien en un apocalipsis solapado (representado sobre todo por la crisis ecológica y por los riesgos conexos con la ingeniería genética) que hace avanzar el desierto en nosotros y fuera de nosotros día tras día sin que ni siquiera lo advirtamos.

La filosofía no podía pemanecer indiferente a estas transformaciones. Y es propio de aquél que, de un modo o de otro, puede ser considrado el más grande filósofo de nuestro siglo, Martín Heidegger, que trae la prime-

---

[3] Cfr. F. Bacone, *Instauratio Magna* (1623), trad. M. Granada, *La Gran Restauración*, Alianza, 1985.Sobre la gran transformación producida en el modo de pensar la naturaleza acaecida con el advenimiento de la ciencia moderna véase además la obra de A. Koyré*, Dal mondo del pressapoco all universo della precisione* (1948), Torino, Einaudi, 1967 (trad. esp. C. Solis Santos, México, s. XXI, 1992. Quisiera aquí recordar en particular: P. M. Schuhl, *Mechanisme et philosophie*, Paris, P.U.F., 1947.

ra y más profunda contribución para una crítica filosófica de la técnica[4]. Heidegger, sin embargo, se ha limitado a constatar la dimensión teorética del peligro tecnológico y su génesis: esto es, él ha hecho visible el peligro, pero la vía para escapar del mismo se alejaba de la señalada por la ética. La combinación de "física y responsabilidad", de la cual no obstante habla en *Unterwegs zur Sprache*[5], quedaba como una fórmula vacía, del todo inadecuada para la superación de la técnica. Bajo el perfil práctico, la actitud corresponsdiente era, para usar sus mismas palabras, una "*Gelassenheit den Dingen*"[6], que más bien, en cierto sentido, parece casi presentarse como alternativa a una ética de la técnica.

El mérito de haber intentado mostrar el componente práctico de una filosofía de la técnica, una ampliación del campo realizada a través de la superación de Heidegger, corresponde a dos filósofos muy distintos entre sí, que buscan un fundamento para la ética en la época de la ciencia y de la técnica: Karl-Otto Apel y Hans Jonas[7]. El acercamiento de estos dos autores podrá,

---

[4] Cfr. M. Heidegger, *Die Frage nach der Technik* (1950), in *Vorträge und Aufsätze*, Pfullingen, G. Neske, 1962, trad.esp.*Conferencias y artículos*, Barcelona, Del Serbal.. Sobre el problema de la técnica en Heidegger, entre las lecturas más recientes, cfr. W. Schirmacher, *Technik und Gelassenheit. Zeitkritik nach Heidegger*, Freiburg-München, Alber, 1983; G. Seubold, *Heideggers Analyse der neuzeitlichen Technik*, Freiburg-München, Alber, 1986; la primera parte del ensayo recogida en W. Biemel, F. W. Herrmann (Hrsg.) *Kunst und Technik. Gedächtnisschrift zum 100 Geburstag von Martin Heidegger*, Frankfurt a.M., V. Klostermann, 1989. Con particular atinencia al problema de la relación entre técnica y ética véanse también las compilaciones de ensayos indicados en la nota 6.

[5] M. Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Pfullingen, G. Neske, 1959 p. 210; trad esp. Barcelona, Del Serbal, 1990. Ya en su célebre *Briefe über den Humanismus* (1946) Heidegger había escrito: "Wir bedenken das Wesen des Handelns noch lange nicht entschieden genug". Pero también esta afirmación, más que señalar la apertura de Heidegger hacia la ética, expresaba solamente su propia perplejidad ante la posibilidad de una filosofía práctica.

[6] M. Heidegger, *Gelassenheit*, Pfullingen, G. Neske, 1960, en particular pp. 24-25.Trad. esp. *Serenidad*, Barcelona, Serbal, 1994. Confieso que no me convencen algunas tentativas recientes de relacionar la heideggeriana *Gelassenheit* a la discusión ética más reciente: W. Schirmacher (Hrsg.), *Zeitkritik nach Heidegger*, Essen, Blaue Eule, 1989 y R. Margreiter, K. Leidlmair (Hrsg.) *Heidegger: Technik-Ethik-Politik*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1991. Las dificultades del intento de desarrollar una filosofía práctica a partir de Heidegger resultaba ya de una precedente colección de ensayos: A. Gethmann-Siefert, O. Pöggeler (Hrsg.) *Heidegger und die praktische Philosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1998.

[7] Mi análisis crítico se concentra sobre estos dos autores, pero quizás vale la pena recordar que el problema de las relaciones entre técnica y ética en Alemania se encuentra en el centro de un interés creciente en los últimos años. Ya antes de Jonas, Sachsse*, Technik und Ethik*, Stuttgart, Reclam, 1989 (2) y K. Bayertz, "Wissenschaft, Technik und Verantwortung. Grundlagen der Wissenschafts- und Technikethik", in K. Bayertz (Hrsg.) *Praktische Philosophie. Grundorientierungen angewandter Ethik*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1991, pp. 173-209. Para una consideración de conjunto sobre las diversas posiciones emergentes del debate es útil el reciente volumen de C. Walther*, Ethik und Technik. Grundfragen-Meinungen-Kontroversen*, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1992.

a primera vista, sorprender: la ética de la comunicación de Apel parece, en realidad, tener poco que ver con la ética de la responsabilidad de Jonas. Por otra parte, Apel ha declarado explícitamente que no comparte la propuesta filosófica de Jonas sobre un retorno a una fundamentación metafísica de la ética[8], mientras que este último, por su lado, aún sin haberse ocupado nunca específicamente de la ética de la comunicación, parece considerarla bastante lejana de su propia posición filosófica[9]. Y a pesar de esta recíproca toma de distancia, es significativo observar cómo Apel reconoce una sustancial afinidad con Jonas en torno a la necesidad de elaborar una ética de la técnica. También para él, como veremos en breve, se necesita hablar de una ética de la ciencia y de la técnica, desde el momento en que ambas presuponen una ética como condición de posibilidad.

En las siguientes páginas no intento formular una presentación de conjunto de las dos perspectivas y su comparación[10], sino que me limitaré a mostrar cómo Apel propone una ética de la técnica y a formular una objeción a su enfoque. En un segundo momento intentaré mostrar que la misma objeción puede hacérsele a Jonas. El presente intento no es reconstructivo, sino eminentemente crítico: aunque afronto un aspecto específico, pienso que éste es central en las elaboraciones de las concepciones filosóficas de ambos autores.

I

El punto de partida de la reflexión de Apel está dado por la situación paradojal en la que se encuentra la ética en la época de la ciencia[11]. Por un lado, los enormes desarrollos tecnológicos y científicos han acrecentado desmesuradamente la responsabilidad de los hombres, volviendo urgente la necesidad de una nueva ética. Por otro lado, la ciencia misma parece hacer imposible la

---

[8] Cfr. K.-O. Apel, "Verantwortung heute-nur noch Prinzip der Bewahrung und Selbstbeschänkung oder immer noch der Befreiung und Verwirkung von Humanität?" (1986), in: K. O. Apel*, Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990, pp. 179-216.

[9] (Considerando) al menos algunos pasajes referentes a la ética del discurso contenidos en una de sus últimas entrevistas:"De la gnose au 'Principe responsabilité'. Un entretien avec hans Jonas", en: *Esprit*, 1991, pp. 5-21 (21).

[10] Por otra parte, ya ha sido hecho un trabajo de este tipo, motivado por la aceptación de la perspectiva de Apel. Cfr. W. Kuhlmann, "Prinzip Verantwortung versus Diskursethik", en: *Archivio di filosofia*, LV, 1987, 1-3, pp. 89-116.

[11] El ensayo fundamental de Apel (para el problema que aquí interesa) sigue siendo "Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. Zum Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft", en: K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie*, Bd. 2*: Das Apriori der Kommunicationsgemeinschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1973, pp. 358-435 (hay trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, *Transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985). Para una sucinta presentación de la perspectiva de Apel es útil el reciente volumen K.-O. Apel, *Etica della comunicazione*, Milano, Jaca Book, 1992.

investigación de un fundamento racional de la ética: en primer lugar, porque se considera a la ciencia como libre de valores (según Max Weber *wertfrei*), en segundo lugar, porque la racionalidad está determinada por la ciencia. Si la racionalidad avalorativa de la ciencia es el paradigma de la racionalidad filosófica, entonces la demanda de una ética universalmente vinculante no puede ser satisfecha. Por lo tanto, aquí está delineado el carácter paradójico de la situación problemática"[12] de la ética contemporánea: mientras que, por una parte, la ciencia con sus aplicaciones técnicas nos enfrenta a la necesidad de una nueva ética, por otra parte, ella misma (por cómo ha sido concebida) parece hacer imposible una fundación racional de la ética. De ello resulta lo que Apel llama "sistema de complementareidad" entre positivismo científico y existencialismo irracionalista. La idea de objetividad científica libre de valores relega los valores y las normas de la moral al grado de los sentimientos irracionales o las decisiones arbitrarias también irracionales: brevemente, a elecciones privadas como la pertenencia a esta o aquella confesión religiosa[13].

Cientismo y decisionismo éticos son, por lo tanto, sólidamente complementarios entre sí y ambos son opuestos a una fundamentación racional última de principios morales universales. Justamente, a esta *Letzbegründung* apunta Apel con su ética de la comunicación. Reducido a términos mínimos, el razonamiento es el siguiente. No se puede negar ciertamente que la ciencia sea necesariamente avalorativa en relación con el objeto que estudia: las ciencias de la naturaleza describen su objeto y no pueden prescribir nada. Pero sería equivocado pensar que los científicos tienen también en sus relaciones mutuas una actitud avalorativa. Por el contrario, la condición de posibilidad de la ciencia misma es que haya al menos para la comunidad de los cientificos un fundamento ético: esta comunidad presupone el reconocimiento recíproco de los sujetos interesados en el conocimiento científico. Remitiéndose a consideraciones ya formuladas por Charles S. Pierce y más recientemente por Kuno Lorenz, Apel hace propia la idea según la cual "la lógica – y al mismo tiempo con ella todas las ciencias y las tecnologías-presuponen como condición de posibilidad una ética"[14].

---

[12] K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*...cit. p. 359.

[13] Ivi, pp. 361-362. En esta perspectiva, lo que es normativamente vinculante remite a "una elección de la razón misma (*genitivo objetivo*!) la cual no es fundamentable mediante algún criterio racional, y puede entonces resultar también (entretanto) contra la razón y por esto contra la moral de la responsabilidad". Cfr. K. –O. Apel, *Il problema della fondazione di un' etica della responsabilitá nell' epoca della scienza*, in: E. Berti (a acura di), *Tradizione e attualità della filosofia pratica*, Genova, Marietti, 1988, pp. 15-45 (19).

[14] K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*... cit., p. 399. En una nota a pie de página Apel remite a Konrad Lorenz, "Die Ethik der Logik", en H.-G. Gadamer, (Hrsg.) *Das Problem der Sprache*, Achter Deutscher Kongreß für Philosophie), München, W. Fink, 1967, pp. 80-86.

No podemos argumentar racionalmente sobre ningún tema, si no presuponemos además de una determinada estructura de la realidad y de las reglas lógicas, también una serie de normas éticas. Y ello por el hecho de que no es posible controlar la validez lógica de los argumentos sin presuponer una comunidad de científicos capaces de comunicación lingüística y de producir un consenso intersubjetivo[15].

Todo tipo de conocimiento es entonces público a priori, lo que implica que uno en soledad no puede procurar validez a su razonamiento. Ello implica que toda ciencia y, en sentido lato, toda argumentación, presupone una ética y que no puede privarse del reconocimiento recíproco de las personas como sujetos de la argumentación. Ninguna argumentación, entonces, puede ser comprendida recurriendo a la mera dimensión sintáctico-semántica del lenguaje, sino que toda argumentación implica una dimensión pragmática, una pretensión de validez que se puede explicar solamente en el diálogo interpersonal[16].

Ahora bien, aún admitiendo que este razonamiento sea convincente, de ello sin embargo no se sigue todavía que el fundamento normativo de la lógica y de la ciencia pueda reivindicar alguna obligatoriedad moral (a menos que no se quiera considerar como un deber moral la misma investigación de la verdad). Apel muestra solamente que nosotros hemos reconocido ya siempre las normas morales en el momento en el cual discutimos en torno a cualquier pretensión de validez. En este sentido puede concordarse con él cuando opina que la fórmula un poco vaga de "ética de la lógica" expresa algo correcto[17]. El problema, sin embargo, consiste en establecer en qué relación se encuentra esta ética, esta base normativa presupuesta de la ciencia misma, con aquello que normalmente entendemos por ética. La argumentación en el ámbito ético no está en realidad dirigida a la investigación de la verdad, como en el caso de la ciencia, sino más bien al fundamento de validez de normas para la acción.

---

[15] Con palabras de Apel: "No se puede controlar la validez lógica de los argumentos sin presuponer una comunidad de pensadores capaces de comunicación y de la formación de consenso intersubjetivo. También el pensador solitario de hecho puede explicar y controlar su argumentación sólo en cuanto es capaz de interiorizar, en el "coloquio" crítico "del alma consigo misma" (Platón), el diálogo de una potencial comunidad de argumentación" (ibid.).

[16] Este aspecto ha sido desarrollado por los dos discípulos más conocidos de Apel. Cfr. D. Böhler, *Rekonstruktive Pragmatik. Von der Bewußtseinsphilosophie zur Kommunikationsreflexion: Neubegründung der praktischen Wissenschaft und der Philosophie*, Frankfurt a. M. , Suhrkamp, 1985; y W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung. Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik*, Freiburg-München, Alber, 1985.

[17] K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinsch*aft... cit., p. 423.

También Apel esta dispuesto a admitir que una "ética de la lógica" no es suficiente para fundar una ética de la comunicación humana y, sin embargo, cuando afronta este último aspecto, toda su argumentación se presenta simplemente como una generalización del enfoque que vale para el modelo de la comunidad de comunicación entre los científicos. Lo que en la filosofía no podemos eludir es el pensamiento y si se considera al pensamiento, de modo no solipsista, se deberá admitir que quienquiera que piense seriamente (cualquier ser humano que sea capaz de razonar) ya forma parte de una comunidad de comunicación. En realidad si él argumenta seriamente deberá continuamente dirigirse a una comunidad de comunicación capaz de controlar la validez de sus argumentos y de formar consenso sobre sus pretensiones de validez.

Siguiendo este razonamiento Apel llega a la conclusión que nosotros –no en cuento científicos, sino simplemente en cuanto seres humanos racionales- debemos haber reconocido ya siempre la existencia de determinadas normas éticas fundamentales. Así como, quien argumenta seriamente ha aceptado necesariamente el punto de vista de la razón y se chocaría con una contradicción pragmática, si encontrándose ya sobre el terreno del discurso argumentativo, desconociese la validez universal de las reglas del discurso, del mismo modo quien solamente se pregunta si hay algo como una norma universalmente válida, se encuentra ya sobre el terreno del discurso argumentativo ético y con ello ha reconocido necesariamente que forma parte de la comunidad de comunicación.

Las reglas que nosostros debemos seguir para alcanzar el conocimento no son distinguidas por Apel de las normas éticas que se presume que nosostros reconocemos si queremos vivir con otros seres humanos. Él pretende resolver el problema de la fundamentación de las normas morales extendiendo las reglas de la argumentación teorética a las normas del obrar práctico. Esto es, él tiende a deducir las normas vinculantes del obrar práctico de las consdiciones del uso de nuestro intelecto, cayendo así en aquello que Karl-Heinz Ilting – justamente en polémica con Apel- definió como "falacia intelectualista"[18].

---

[18] Cfr. K. H. Ilting, "Der Geltungsgrund moralischer Normen", en: D. Böhler, W. Kuhlmann (Hrsg.), *Kommunikation und Reflexion*. Festschrift für Karl-Otto Apel, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1982, pp. 612-648 (612): "Como falacia intelectualista quisiera definir el intento de deducir normas vinculantes a partir de las condiciones del uso de nuestro intelecto o de descubrir el fundamento del valor de su obligatoriedad en el ámbito de estas condiciones. Tal intento es falaz, por el hecho de que las reglas que nosotros debemos seguir para alcanzar el conocimiento son confundidas con aqullas normas que se presume que nosotros reconocemos si queremos vivir juntos en relaciones ordenadas, sea desde el punto de vista jurídico o desde el punto de vista moral. Si aquellas reglas no son en absoluto vinculantes del mismo modo en el

También Apel transgrede entonces la ley de Hume, si se observa –como Francesco Fagiani ha recordado oportunamente en uno de sus últimos trabajos- que Hume además de sancionar el fin del "naturalismo ético" critica radicalmente al "racionalismo ético"[19]. El intento de Apel es falaz en este último sentido, poque él piensa que la fundamentación de las normas éticas puede ser encontrada en la corrección de una argumentación racional. Pero también si se admite –sieguiendo su razonamiento- que quien habla de ética se ha ubicado ya sobre el terreno del discurso argumentativo ético, con ello no hemos dicho todavía nada decisivo sobre el fundamento de validez de las normas que debemos seguir para actuar de modo responsable.

De la corrección de una argumentación por sí misma no surge ninguna norma y tanto menos puede fundarse sobre esa corrección solamente la obligación de reconocerla. Para aquel que no la acepta, no subsiste ni siquiera la obligación de seguirla: del hecho de mostrarle que discutiendo la obligatoriedad de determinadas normas las ha reconocido implícitamente, no se deriva que para él tales normas sean también efectivamente vinculantes. En este caso, la remisión a la presencia de una contradicción performativa al nivel del lenguaje no me parece de particular relevancia, en cuanto el hecho de situarse sobre el terreno del discurso argumentativo no implica todavía la elección de seguir determinadas normas éticas[20].

Una voluntad libre es libre también de no reconocer reglas morales fundamentales y de decidirse por el mal. Esta decisión no comporta – como parece creer Apel- la pérdida del uso de la razón, sino solamente la renuncia a una determinada "autocomprensión", la propia del discurso moral. En suma, quien comete un homicidio, no por ello debe ser considerado necesariamente un enfermo mental. Entonces, aunque admitimos que quien obra presupone normalmente haber reconocido normas morales, este reconocimiento presupuesto no constituye de por sí una condición suficiente para explicar la universal obligatoriedad moral de estas normas.

---

que lo son las normas morales, todo tentativo de fundar la obligatoriedad de las normas mediante el recurso a las reglas del uso de nuestro intelecto debe fallar". Este texto se encuentra ahora comprendido en la colección de ensayos de K. –H. Ilting, *Grundfragen der praktischen Philosophie*, en:. V. P. Becchi /. H. Hoppe (Hrsg), Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994, pp. 138-175.

[19] Cfr. F. Fagiani, "Etica e teorie die diritti", en: C. A.Viano (ed.), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Bollinghieri, 1990, pp. 87-107.

[20] Esta objeción ha sido ya formulada desde muchas perspectivas y con finalidades diversas contra Apel: Cfr., por ejemplo, J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983, pp. 96 y 109 (trad. esp. *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona península, 1998); E. Castrucci, *Considerazioni epistemologiche sul conferimento di valore,* Firenze, S. Gallo, 1988, p. 15; H. Hoppe, "Normenbegründung ohne naturalistische Fehlschuß?", in K.–O. Apel/R. Pozzo (Hrsg.), *Zur Rekonstruktion der praktischen Philosophie. Gedenkschrift für Karl-Heinz Ilting*, Stuttgart – Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1990, pp. 226-245 (239).

Para Apel, en cambio, la obligación moral se reduce a un mero objeto de cogniciones de reglas del juego que son ineludibles, tanto que para entender a quien se opone a ellas necesita hacer referencia a una situación psicopatológica[21]. Él,entonces, no hace otra cosa que extender el principio de la fundamentación filosófica (según el cual el argumentar y sus reglas son condiciones intrascendibles para la misma posibilidad de argumentar) al principio ético-normativo. El aseguramiento de la intrascendibilidad argumentativa de la razón deviene así no sólo el principio de una fundamentación de la racionalidad (alternativa al cientismo avalorativo), sino del mismo modo el principio de la fundamentación de la ética.

La fundamentación de las normas morales no resulta entonces de las condiciones de un obrar moralmente responsable, sino de las condiciones de la argumentación racional. Sin embargo, quién argumentando para solucionar cualquier problema comete un error, no por ello obra de modo inmoral. Quien viola las reglas de la argumentación racional obra precisamente irracionalmente y si lo hace a propósito, obra de modo absurdo: no por ello, sin embargo obra de modo reprobable. En suma, las reglas de la argumentación y las normas éticas son reglas de tipo diferente, tanto que quien viola las primeras se comporta de modo irracional, mientras que quien viola las segundas se comporta de modo reprobable. Los presupuestos implícitos de una argumentación racional se fundan sobre el esfuerzo común de los argumentantes. Este esfuerzo tiende a resolver un determinado problema de modo racional: ellos, entonces, no contienen ninguna norma moral vinculante, sino que, en el sentido de Kant, sólo son imperativos hipotéticos racionalmente condicionados por el objetivo que ya estaba prefijado (la correcta solución de un problema)[22].

Consideremos un poco más de cerca la distinción entre imperativos hipotéticos y categóricos tal como ha sido presentada por Kant[23]. Según los primeros, una acción es buena según el fin que sea prefijado: ella es considerada como un medio para alcanzar alguna otra cosa. Para los segundos, en

---

[21] Precisamente, Apel afirma que quien se pone fuera de la comunidad de comunicación "renuncia así, al mismo tiempo, a la posibilidad de la autocomprensión y de la autoidentificación". Y en nota precisa que "esto se puede...confirmar en el sentido de la psicopatologíoa clínica". K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*... cit., p. 414.

[22] Éste es, en substancia, el sentido de la objeción formulada por Ilting contra Apel: Cfr. *Der Grundlegung moralischer Normen*, cit., en particular: pp. 622-627

[23] Cfr. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), en I. Kant, *Werke in zehn Bänden*, hrsg. Von W. Weischedel, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Vol. 6, pp. 43-46 (hay trad. de M. García Morente, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1946.). Véase también I. Kant, *Kritik der Urteilskraft* (1790), en *Werke in zehn Bänden*, cit., vol. 8, pp. 241-243 (hay trad. de José Rovira Armengol, *Crítica del juicio*, Buenos Aires, Losada 3ª, 1993.).

cambio, la acción es buena en sí misma, vale decir independientemente de las condiciones para alcanzar cualquier otro objetivo. A su vez, los imperativos hipotéticos son distinguidos por Kant en problemáticos y asertóricos. Los primeros, dictados técnicos o de habilidad, no se preguntan sobre la racionalidad o la bondad de los fines, sino solamente sobre qué debe hacerse (esto es, qué medios deben aplicarse) para alcanzarlo. Bajo este perfil –son ejemplos de Kant- las prescripciones de un médico para curar a un ser humano o las de un envenenador para asesinarlo tienen el mismo valor porque ambas son medios adecuados para alcanzar el fin prefijado. Los segundos, dictados pragmáticos o de la prudencia, presuponen la determinación de un fin, la felicidad, y el imperativo consiste en la elección de los medios más idóneos para obtener ese fin determinado. Si bien Kant distingue el concepto de habilidad (*Gechicklichkeit*) del de prudencia (*Klugheit*), en ambos casos nos encontramos frente a principios que no son atinentes a la esfera ética. Según Kant, ni los imperativos técnicos ni los pragmáticos pueden ser definidos como morales, porque –sea que se deba determinar el fin cada vez (como en los primeros), sea que el fin se encuentre presupuesto (como en los segundos)– el obrar no es prescripto como fin en sí mismo, sino siempre como medio para otro objetivo. Las reglas de la habilidad y de la prudencia, más allá de sus diferencias, representan entonces tipos de racionalidad estratégica respecto del objetivo que no son comprendidas por la esfera ética. Con su propuesta de una ética de la comunicación, Apel se detiene, entonces, más acá de una adecuada fundamentación de la ética, porque ella en realidad no ofrece otra cosa que la fundamentación de normas hipotéticas.

Las reglas del discurso argumentativo valen *sólo si* por medio del discurso se quiere alcanzar la verdad. Ellas valen entonces como presupuesto instrumental de ese particular tipo de racionalidad respecto de ese objetivo que es el dicurso; vale decir que valen si se quiere argumentar en torno a las pretensiones de verdad y validez. Así, por ejemplo, la inadmisibilidad de la mentira es fundamentada por Apel recurriendo al objetivo prefijado por esas reglas: "mentir haría imposible el diálogo entre los argumentantes"[24]. Pero una mentira podría ser inadmisible en vista del objetivo del discurso –el discurso argumentativo tiene como objetivo el logro de la verdad-, sin ser por ello de por sí moralmente reprobable. Al contrario, en ciertos casos, bajo el aspecto moral, el no decir la verdad puede ser lícito (cuando, por ejemplo, se le oculta a un paciente la verdad sobre su enfermedad, suponiendo que si se obra de otro modo se puede agravar su cuadro) o puede ser directamente obligatorio (cuando diciendo una mentira se evita traicionar a un inocente).

[24] K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*... cit., p. 400.

La mentira deviene moralmente reprobable sólo en el momento en que sirve para abusar de la confianza de otro y se la utiliza para lograr fines egoístas o directamente malvados. En suma, propiamente el modo en que Apel afronta el problema de la mentira confirma que las reglas de la argumentación no contienen ninguna norma moral vinculante, sino solamente imperativos hipotéticos condicionados por la racionalidad del objetivo del discurso.

Apel ha intentado replicar a esta crítica[25] sosteniendo que no se puede definir al discurso argumentativo como una empresa cualquiera de cooperación respecto del objetivo, en la cual los seres humanos se pueden comprometer más o menos. En la investigación discursiva de la verdad, todos los hombres, en cuanto seres racionales estarían necesariamente comprometidos. Por esta razón, el tipo de racionalidad discursiva se distingue del tipo de racionalidad técnico-instrumental: sus reglas son categóricamente vinculantes y no apuntan a la solución de una finalidad contingente. Sin embargo, de este modo Apel presupone lo que quiere demostrar. No existe una obligación, válida para todos, de comprometerse en la realización de determinados objetivos y mucho menos existe algo como una obligación universal a participar en una comunidad de comunicación. Cada uno debe ser libre de decidir *si* quiere comprometerse en una empresa de ese tipo o no. Lo relevante es esta decisión libre de cada uno y no los motivos por los cuales decide comprometerse o no, o si estos motivos valen para algunos, muchos o directamente para todos los hombres. Entonces, la participación en la comunidad de comunicación no es otra cosa que el objetivo de una acción.

Apel intenta impedir esta conclusión replicando que el discurso argumentativo no es comparable a cualquier objetivo que los individuos puedan arbitrariamente elegir o no elegir, porque se trata de un "objetivo *a priori* común"[26], por así decir elegido necesariamente ya siempre por todos, siendo

---

[25] En un largo y complicado ensayo en lengua alemana, pero publicado en una revista italiana: K.-O. Apel, "Lässt sich ethische Vernunft von strategischer Zweckrationalität unterscheiden? Zum Problem der Rationalität sozialer Kommunikation und Interaktion", en: *Archivio di Filosofia*, LI (1983), nr. 1-3., pp. 375-434 (en particular pp. 416-422). Ilting responde a Apel con una carta privada, datada el 28 de noviembre de 1983, en la cual repite su crítica, considerándola no afectada por la objeción de Apel. Una respuesta pública, si bien indirecta a Apel se encuentra en un ensayo publicado póstumo en lengua castellana. "Qué significa propiamente 'moral'?", en: *Cuadernos de ética*, vol. 1, n° 1, (1986), pp. 47-65. El original alemán se encuentra ahora publicado en: K.-H. Ilting, *Grundfragen der praktischen Philosophie*, cit., pp. 339-356.

[26] Cito el pasaje entero de Apel: "Con ello, de hecho está fijado un objetivo común de los participantes del discurso; pero esto no deriva de un objetivo cualquiera que es posible elegir a partir de los intereses empíricos de los otros, sino más bien a partir del objetivo a priori común de la formación de consenso sobre pretensiones de validez" (K.-O. Apel, "Lässt sich ethische Vernunft von strategischer Zweckrationalität unterscheiden?", cit. , p. 418).

la condición misma de la posibilidad de la realización de un pensamiento intersubjetivamente válido. Tampoco esta observación parece particularmente relevante: el hecho que el objetivo sea arbitrariamente elelgido o sea más bien algo hacia lo cual todos necesariamente aspiran, cambia muy poco el carácter de las reglas del discurso. Ellas siguen siendo, no obstante, condiciones necesarias para el logro del objetivo y, en cuanto tales, imperativos hipotéticos. Dado que el objetivo de la acción no es algo a lo que el individuo puede aspirar, sino más bien algo a lo que todos deben necesariamente tender, tales imperativos, en vez de ser problemáticos, serían como mucho asertóricos, pero no obstante siempre hipotéticos y no categóricos. Siguiendo el enfoque de Apel, entonces, se alcanza a fundar las reglas de la habilidad o como mucho las de la prudencia, pero no las reglas propiamente morales.

Veamos en qué sentido esta objeción puede ser dirigida también hacia una concepción como la de Jonas, que indudablemente está muy lejana del tipo de fundamentación intelectualista aquí considerada.

II

Todo el razonamiento de Jonas a favor de una ética de la técnica se funda sobre la siguiente premisa: la técnica es el ejercicio de un poder humano, esto es, una forma del obrar y todo obrar humano está expuesto a un examen moral[27]. Ya en esta primera cadena asociativa se esconde un equívoco de fondo. Que la técnica sea una forma del obrar humano no necesita ser demostado, pero que ella, por esa razón, esté de por sí sujeta a consideraciones de naturaleza ética es menos obvio de lo que Jonas quisiera dar a entender.

El trabajo de la tierra y la producción de mercancías, por ejemplo, son indudablemente formas del obrar humano que implican un determinado desarrollo de la técnica y están sujetas a transformaciones a causa del descubrimiento de nuevas tecnologías. Sin embargo, estas actividades en cuanto tales no se nos presentan inmediatamente (por lo menos) como objeto de un interés ético. En ambos casos, nos encontramos sobre todo con actividades productivas dirigidas a la realización de determinados objetivos. Lo que tenemos frente a nosostros es un estado de cosas a transformar: el campo para arar y la producción de objetos de materia inorgánica. La técnica es el saber que guía este género de actividad. Pero se trata de un saber y de una actividad

[27] Cfr. H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M., 1979, (hay trad. de J. M. Fernández Retenaga, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995) y H. Jonas, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1985 (Hay trad. esp. de C. Fortes Gil, *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*, Barcelona, Paidós, 1997.

diversos del saber ético que se propone como guía del obrar moral. Es cierto que también el obrar moral puede implicar un hacer orientado a un objetivo, pero en este caso la actividad con vista a fines es secundaria respecto de otro aspecto que deviene, en cambio, de primera relevancia. Cuando los hombres mismos devienen objeto de una actividad dirigida a la realización de determinados objetivos, lo implicado en esta actividad no es simplemente el objeto de tal realización, sino el sujeto que puede pretender dar o no dar su consentimiento. Quien debe sufrir una intervención quirúrgica, por ejemplo, es llamado a dar su consentimiento y sin ello no puede ser sometido a la operación. En este caso la actividad no atiende primeramente a un estado de cosas a modificar, sino al consentimiento efectivo o presunto de quien está implicado en ella. A esto último se subordina el mismo obrar dirigido a la realización de un fin del todo defendible, como el de la salud del paciente.

La distinción aquí ilustrada entre dos diversos tipos de obrar con características específicas tiene por su parte una larga tradición[28]. Por ciertos aspectos, ella permite, desde luego, conjugar concepciones éticas muy distantes entre sí, como las de Aristóteles y Kant. Ella se acerca, en efecto, tanto a la distinción aristotélica entre *praxis* (y el saber que la orienta, la *phrónesis*) y *póiesis* (y el saber relativo a ella, la *téchne*), como a la distinción kantiana entre imperativos categóricos (propios de la moral) e imperativos hipotéticos, técnicos (propios de todo arte) o pragmáticos (que se refieren al bienestar general).

Justamente, esta importante distinción falta en la teoría de Jonas. No se trata en absoluto de negar una trama de técnica y ética, pero Jonas la vuelve a tal punto inestricable, que los hilos de la obligatoriedad moral no pueden distinguirse ya de los hilos de la necesidad técnica. Jonas cree corregir a la técnica, pero no se da cuenta de que al mismo tiempo diluye la fuerte esencia de la moral. En el fondo, lo que él nos presenta no es una nueva ética, sino más bien una serie de indicaciones, inspiradas en una sabia (y antigua) prudencia, que nosotros deberíamos seguir en la realización de nuestros objetivos.

Muchas de las indicaciones de Jonas sobre los diversos temas de bioética que él afronta[29] son, a mi parecer, ampliamente compartibles, pero ello no

---

[28] Ella es retomada y reactualizada por K. H. Ilting en un ensayo que ha pasado totalmente desapercibido: K. –H. Ilting, "Tecnica e prassi in Heidegger e Marx", en: *Metaphorein*, 2-4, 1979, pp. 100-108. (El original alemán esta ahora publicado en: K.H. Ilting, *Grundfragen der praktischen Philosophie*, cit., pp. 326-336). Aquí Ilting contra Marx y Heidegger establece una distinción entre actividad práctica y actividad productiva que se acerca a la distinción aristotélica entre *praxis* y *póiesi*s, a pesar de no identificarse con ella.

[29] Véanse sobre todo los ensayos 6-11 contenidos en el volumen *Technik, Medizin und Ethik*, cit., pp. 109-268. Cfr. también: *Philosophical Essays. From Ancient Creed to Technological Man*, Chicago, The University of Chicago Press, 1974. En particular los ensayos 5-7.

impide el déficit que presenta su construcción ética. A través de ella, él no alcanza –como cree- el nivel de la incondicionalidad del imperativo categórico, sino que se detiene en ese nivel inferior de los imperativos hipotéticos: éstos se derivan de la técnica y no de la moral[30].

Las reglas morales no pueden ser adecuadamente expresadas en la relación medio-fin, desde el momento en que no se refieren inmediatamente ni a determinar fines ni a aplicar medios. Que la utilización de un medio sea moralmente lícita o no, no depende del fin que con ese medio se intenta perseguir, sino en última instancia de la posibilidad de recurrir al consenso efectivo o presunto de aquellos que están interesados en el uso de aquél medio.

La moral no puede eludir este obstáculo y un problema técnico no puede dejar de ser examinado sobre todo técnicamente; esto es: no se puede pensar que la moral resuelva las questiones abiertas por la técnica, sino que de la técnica misma deben surgir las respuestas a los problemas que ella produce. Si un medio es inadecuado para alcanzar un determinado objetivo, lo que nos permita alcanzarlo no será ante todo la moral, sino el descubrimiento de otro medio.

Por otra parte, el propio Jonas admite que la técnica misma necesita obtener los remedios para sus enfermedades[31]. El pánico apocalíptico –él

---

[30] Por otra vía, también Maria Chiara Pievatolo llega a esta conclusión en un ensayo tan crítico como estimulante. A diferencia de la joven autora, no me parece, sin embargo, que se pueda negar la situación cualitativamente nueva frente a la que nos ubica el actual desarrollo tecnológico. (Cfr: M.C. Pievatolo, "Hans Jonas: un' etica perla civiltà tecnologica", en: *Il Politico*, LV, n. 2, pp. 337-349). Pero también si se admite esa tesis, no creo que de ella se siga que la ética pueda reducirse a una ética de la técnica. Entre estos dos términos puede haber complementaridad pero no identificación. De otro modo, se corre el riesgo de perder aquello que distingue a la ética (también respecto de la técnica). Por esta razón, no me convencen todas aquellos intentos que afrontan el problema moral partiendo de una filosofía de la técnica. Al respecto, son ejemplares los trabajos de Hans Lenk, de los cuales me limito a recordar aquí sólo una reciente complilación de ensayos: H. Lenk, *Zwischen Wissenschaft und Ethik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992.

[31] Jonas está bien lejos de aquella demonización de la técnica que encontramos, por ejemplo, en los escritos de Günther Anders. No se trata de detener el progreso tecnológico, sino de guiarlo mediante una "ética de la autolimitación". Para una referencia explícita a Anders de parte de Jonas Cfr. H. Jonas*, Philosophie. Rückschau und Vorschau am Ende des Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993, pp. 29-30 (trad.it. a cura di C. Angelino*, La filosofia alle soglie del duemila. Una diagnosi e una prognosi*, Genova, il Melangolo, 1994). Sobre las diferencias entre Jonas y Anders cfr. P. P. Portinaro, "Il profeta e il tiranno. Considerazioni sulla proposta filosofica di Hans Jonas", en: *Nuova Civiltà delle Macchine*, X, 1, (37), 1992, pp. 100-111. Sobre estos temas y más en general sobre la relación hombre-naturaleza, véase la reciente compilación de entrevistas, publicada postumamente: H. Jonas, *Dem bösen Ende näher. Geschpräche über das Verhältnis des Menschen zur Natur*, hrsg. V. W. Schneider, Frankfurt a. M., Surhkamp, 1993.

nos advierte en *Technik, Freiheit und Pflicht*- no "nos podrá jamás hacer olvidar que la técnica es una obra de la libertad humana"[32], que la aventura tecnológica no se puede interrumpir. Del punto en el que nos encontramos no se regresa y avanzar acarrea siempre nuevos peligros. La moral, entonces, debería enseñarnos a convivir con los altos riesgos a los que nos expone la técnica.

En ello reside la esencia de la ética de la técnica: un potente sedativo para calmar los delirios de la técnica. El punto es si la ética así entendida no se expone a la objeción que hemos formulado recién contra Apel. Ciertamente se podrá replicar que aquella objeción se mueve integralmente en el ámbito de la tradicional visión antropocéntrica de la ética (no casualmente toma impulso de la distinción entre objetos y personas implicados en una actividad con respecto a fines), mientras que Jonas sostiene que tenemos necesidad de una nueva ética capaz de superar aquel horizonte limitado. Y, además, se podrá agregar que ella parece no tener en cuenta la nueva relación del hombre con la naturaleza; la que nos ubica frente al actual desarrollo de la técnica, aspecto sobre el que Jonas insiste con particular fuerza.

Consideremos ante todo este último punto. Resulta difícil poner en cuestión el hecho que las intervenciones del hombre en la naturaleza se han extendido tanto como para exigir una respuesta ya no sólo técnica, sino también ética. Ahora resulta manifiesto el hecho de que el progreso tecnológico deja de ser una fuente de liberación del hombre y se transforma (o ya se ha transformado) en una maldición: el gran discurso actual sobre la crisis ecológica representa la toma de conciencia sobre este fenómeno.

Del mismo modo, en esta situación, resulta siempre más arduo sostener la tesis tecnocrática, según la cual las soluciones disponibles serían de naturaleza meramente técnica, desde el momento en que, como Jonas no se cansa jamás de repetir, son propiamente los desarrollos "buenos"de la técnica aquellos de donde surgen también los males más grandes. A la técnica moderna le es congénita una ambivalencia que la vuelve insidiosa también cuando está comprometida para alcanzar los objetivos que parecen totalmente legítimos. De esta perversa dialéctica no se sale entonces gracias a la técnica (o por lo menos con su sola ayuda).

En oposición al intento de afrontar exclusivamente con medios técnicos la aventura humana, el proyecto de una ética para la civilización tecnológica representa indudablemente una alternativa. El problema, sin embargo, es si

---

[32] Este discurso, pronunciado en ocasión del otorgamiento del premio de la paz por parte de los libreros alemales, ha sido publicado nuevamente en el volumen: H. Jonas, *Wissenschaft als persönliches Erlebnis*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, pp. 7-31 (trad. it. di F. Tomasoni, *Scienza come esperienza personale*, Brescia, Morcelliana, 1992, pp. 9-49.)

resulta suficiente una ética de la técnica como la propuesta por Jonas para realizar tal proyecto. ¿En qué puede consistir una ética de la técnica? ¿Está ella en condiciones de ofrecer un punto de apoyo válido para la fundamentación de la ética?

Hablar de ética de la técnica permite, sin duda, una transformación de gran relieve en el modo de concebir la ciencia y la técnica: presupone la ausencia de una distinción que ha tenido (y en parte tiene todavía) un peso notable en el debate filosófico, vale decir aquella entre racionalidad científica (neutral respecto de valores, según la célebre tesis weberiana de la avaloración) y racionalidad ética. Es sobre la base de esta distinción que se arraiga la convicción de un insuperable politeísmo de los valores, el cual en el campo moral no puede conducir más que al relativismo y al escepticismo. (Ésta es la herencia del nihilismo, del cual nuestro "*pensiero debole*" es solamente una caricatura.)

Jonas representa al respecto una alternativa decisiva. Con la ética de la técnica, cuyos contornos él intenta delinear en *Technik, Medizin und Ethik*[33], surge el problema de si la misma ciencia de la naturaleza no debe hoy estar sujeta a un vínculo ético. Jonas pone en cuestión el hecho que la ciencia y la técnica pueden continuar siendo exeptuadas de responsabilidad. Lo que ya no vale es propiamente aquel postulado de neutralidad respecto a los valores que caracterizaba a la ciencia y que relegaba todo lo que no parecía "libre de valores" en el ámbito de la esfera de las libres (arbitrarias) decisiones subjetivas. Después de Hiroschima (en la lógica de Jonas sería mejor decir después de Chernobyl, si se pudiese datar este acontecimiento con anterioridad) ningún científico puede continuar durmiendo tranquilamente[34]. La técnica deja de ser una esfera neutral del obrar humano y deviene objeto de la ética.

Aún queriendo seguir a Jonas en este camino, no podemos, sin embargo, hacer menos que preguntarnos si él nos conduce a la meta que se había prefijado: la fundamentación de una ética para la civilización tecnológica. En otras palabras, no se intenta poner en discusión el problema que Jonas formula, sino sobre todo la adecuación de su respuesta. Si se aceptase su

---

[33] En particular en los ensayos tercero, cuarto y quinto, compilados en el volumen *Technik, Medizin und Ethik,* cit., pp. 53-108. Véase también H. Jonas, "Warum wir heute eine Ethik der Selbstbeschränkung brauchen?", en: E. Ströcker (Hrsg.) *Ethik der Wissenschaften? Philosophische Fragen*, München-Paderborn, W. Fink-F. Schöningh, 1984, pp. 75-86.

[34] Aunque es propiamente en Hiroschima que Jonas ve la "primera demostración de la extrema peligrosidad del poder que la moderna ciencia de la naturaleza ha procurado al hombre". (Así lo formula Jonas en una reciente entrevista "Pläyoder für eine planetarische Zukunft" (1992), en: D. Böhler, R. Neuberth (Hrsg.*) Herausforderung Zukunftsverantwortung. Hans Jonas zu Eheren*, Münster, Hamburg, Lit. 1993², pp. 97-101.

punto de vista, ¿qué resultado se obtiene a partir de él? Que la ciencia misma presupone una ética y que entonces su libertad de investigación no es absoluta, sino condicionada por la responsabilidad socialmente y moralmente relevante de la ciencia misma. Se trata de una conclusión indudablemente importante, que sustancialmente permite justificar una política de la ciencia más restrictiva y de establecer toda una serie de prohibiciones al desarrollo de la técnica. Nada menos, pero también nada más. Esto es, Jonas muestra solamente que no podemos más dejar a un lado la moral cuando afrontamos los interrogantes establecidos por el actual desarrollo de la técnica, pero con ello él todavía no ha resuelto propiamente el problema de una fundamentación de la ética en la era de la ciencia.

Si también se admite que la simple actividad de investigación de las ciencias naturales ya presupone necesarriamente una ética, con ello no hemos aún dicho nada decisivo en torno al fundamento de la validez de las normas que estamos obligados a seguir para obrar de modo responsable. Por otro lado, Jonas se encuentra en un *impasse* análogo a aquél en el que cae Apel. Si este último no escapa de la falacia intelectualista, desde el momento que pretende deducir normas vinculantes del obrar moral partiendo de las condiciones de uso de nuestro intelecto, Jonas, por su lado, aún sin caer en la clásica falacia naturalista (en cuanto el ser no es entendido por él como conjunto de hechos neutrales respecto a valores, sino aristotélicamente como un fin en sí mismo, dotado de valor intrínseco), no nos ofrece otra cosa que una mera *petitio principii*: la "autoafirmación del ser" que debe continuar siendo. Su perspectiva conduce solamente a la pura y simple tutela de la sobrevivencia del género humano sobre la tierra, a la salvaguarda de la incondicionada exigencia "que haya hombres"[35]. Si Apel con su ética de la comunicación nos presenta una fundamentación *lógica* de la ética, Jonas cree, en cambio, necesaria una fundamentación *ontológica* centrada sobre el principio de la defensa de la integridad del ser humano. Ambas se revelan insatisfactorias: la primera por su intelectualismo, la segunda por el dogmatismo de la autoafirmación del ser que difícilmente puede ser puesto a la base de la ética.

Bien entendido, frente a la posibilidad real de su aniquilación con el descubrimiento de la bomba atómica o a la puesta en discusión de su integridad biológica con los inquietantes desarrollos de la ingeniería genética, también la sobrevivencia del género humano adquiere relevancia ética. Y no

[35] Cfr. H. Jonasung, *Das Prinzip Verantwort*, cit., pp. 91-92. La inadecuación de este principio para una fundamentación racional de la ética ha sido subrayada por Apel en el ensayo ya citado (cfr. n. 8) y más recientemente en: K. O. Apel, *Etica della comunicazione*, cit., en particular: pp. 22-23.

se puede más que compartir la alarma que Jonas lanza frente a las amenazas acarreadas por la biotecnología a la integridad de la especie[36]. Sin embargo, lo que aquí se quiere subrayar es que sobre la base del presupuesto puramente ontológico-teleológico de su ética él puede solamente fundamentar el deber de preservar la vida humana sobre la tierra –una suerte de imperativo quasi-biológico de la conservación- pero aún no un imperativo auténticamente moral. En realidad, ese presupuesto no puede fundamentar el igual derecho que cada individuo tiene a esa sobrevivencia. El problema moral surge todavía propiamente aquí: no "que haya hombres", sino cuáles son las condiciones sobre cuya base deben ser reguladas sus relaciones. Considerada pura y simplemente bajo el perfil biológico, la sobrevivencia de la especie humana en la actual situación de sobrepoblación y de escasez de recursos poría ser asegurada también abandonando a una parte de la población (se piensa en el tercer mundo) a su destino. Antes bien, la perspectiva de salvar a la especie humana y su futuro sacrificando a una parte de ella podría parecer la solución más eficaz no sólo para nuestra especie, sino también para el entero equilibrio ecológico. No pretendo sostener que Jonas estaría dispuesto a aceptar esta cínica perspectiva: él mismo advierte cuan absurdo sería predicar el respeto al ambiente de poblaciones que están muriendo de hambre. Sin embargo, no se puede negar que sobre la base del impertivo "que haya humanidad" dicha perspectiva pueda ser objetivamente justificada o, por lo menos, no excluída categóricamente. En suma, elevar a objetivo ontológico la permanencia de la vida humana sobre la tierra no es suficiente – como en cambio querría Jonas- para fundamentar una ética de la responsabilidad.

Tal fundamentación debe considerar los derechos y los deberes que conciernen a cada individuo. Y aquí, el punto de partida (aunque no necesariamente el de arrivo) puede ser aún la idea kantiana de la reciprocidad, que Jonas, en cambio, rechaza decididamente. Ninguno puede exigir a los otros el reconocimiento de la propia libertad, si él mismo no está dispuesto a hacer lo mismo frente a todos los demás. Es sólo sobre la base de esta absoluta simetría, por la cual yo concedo a los otros solamente aquella porción de mi libertad que los demás me conceden a mí, que se puede fundar un obrar moralmente responsable. Este principio no salva necesariamente a la especie, pero permite instituir una regla que permite la convivencia entre los hombres.

Se podrá replicar que este enfoque no supera los confines "antropocéntricos" que caracterizan a la visión tradicional de la ética que Jonas, en cambio,

[36] Véase sobre todo: "Laßt uns einen menschen klonieren? Betrachtungen zur Aussicht genetischer Versuche mit uns selbst" (1982), ahora recogido en: H. Jonas, *Technik, Medizin und Ethik*, cit., pp. 162-203.

cree necesario superar. Sin empbargo, yo creo que aquella visión tradicional puede ser también ampliada: considerar a la idea de reciprocidad como punto de partida no implica que todos nuestros deberes deban ser reductibles al esquema de un perfecto equilibrio entre dar y recibir. Nada impide pensar que nuestros deberes puedan dilatarse más allá de aquel esquema y conducir a dar a los otros, en determinadas situaciones, más de cuanto ellos pretenden de nosotros, de dar, en suma, más de cuanto podamos recibir. Y una vez ampliada la ética hasta esta idea de solidaridad humana (que supera, pero conserva la concepción precedente) no es difícil extenderla ulteriormente hasta incluir también la idea de una solidaridad interespecífica. Pero ahora no quiero aventurarme sobre este terreno[37].

La sospecha es que Jonas, a pesar de todos los testimonios en sentido contrario, poniendo como fundamento de su construcción el principio que aquí haya y deba continuar habiendo una humanidad, no hace otra cosa que reconfirmar un punto de vista cuasi-antropocéntrico. Ello me parece que resulta de la posición que asume en torno al problema de la fundamentación de una ética ambiental.

A grandes razgos se puede decir que dos son las tendencias que actualmente se confrontan. Por una parte, hay quien sostiene la necesidad de la protección de la naturaleza sobre la base de la consideración del interés humano. Según esta dirección antropocéntrica, la naturaleza es un bien puesto al servicio del hombre, que resulta necesario tutelar por motivos de utilidad. Por otra parte, hay quien piensa, en cambio, que la naturaleza tiene un valor intrínseco y como tal debe ser respetada en base a su propio derecho. Es sobre todo sobre la base de esta dirección biocéntrica que se ha hablado de "ruptura del antropocentrismo".

Pues bien, la perspectiva de Jonas no parece ser completamente reductible a ninguna de estas dos posiciones. Ciertamente, él critica al utilitarismo antropocéntrico, pero, por otro lado, el "valor en sí" del que él habla no resulta identificable con el "valor intrínseco" de los partidarios de la así llamada "deep ecology"[38]. Para éstos es necesario reinsertar al hombre en la naturaleza, concibiéndolo según una perspectiva holística, como parte

---

[37] Me permito remitir a dos contribuciones mías: P. Becchi, "È possibile una bioetica razionale? Variazioni su temi kantiani", en*: Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, XXIII, 1989-1990, fasc. 1-2, pp. 39-70 y P. Becchi, "I doveri dell' uomo nei confronti della natura. Congetture sull' etica di Kant", en: L. Battaglia (ed.), *Etica e ambiente*, Torino, Satyagrapha Editrice, 1992, pp. 180-190.

[38] En efecto, Jonas rechaza totalmente la hipótesis de los derechos intrínsecos de la naturaleza que, en cambio caractewriza a tal movimiento. Cfr. al respecto J. Landkammer, "Le domande estreme e le risposte evanescenti di Hans Jonas", en: *Filosofía Política*, IV, n 2, 1990, pp. 423-429.

del todo orgánico que es la naturaleza. La posición de Jonas al respecto es mucho más ambivalente: parece quedar suspendido entre una concepción monística, según la cual espíritu y materia no serían esferas heterogéneas entre sí y una concepción dualísta, para la cual, por el contrario, el espíritu es autónomo respecto de la materia y no resulta reductible a un epifenómeno suyo. Aunque es cierto que Jonas se inclina por la concepción monística, si el fuese verdaderamente consecuente, entonces no debería atribuir al hombre aquella centralidad (típica de la concepción dualista) que le viene conferida por el principio de la preeminencia de la sobrevivencia del género humano sobre la tierra. Este principio es aceptable sólo si se presupone que el hombre es algo diverso y separado del mundo natural: lo que justamente comporta la aceptación de un punto de vista antropocéntrico[39]. Además, la perspectiva biocéntrica, en el momento que presupone la existencia de un valor intrínseco de la naturaleza, cree, del mismo modo, que existen derechos verdaderos y propios de la naturaleza. Aunque bajo este aspecto, Jonas parece más bien lejano de esta perspectiva, por lo menos si nos referimos a los derechos en sentido jurídico.

Para Jonas no se puede considerar a la naturaleza como a un participante de una relación contractual; no se trataría entonces –como se ha sostenido recientemente[40]- de pactar un nuevo "contrato natural": la naturaleza no puede tener ninguna obligación con nosotros y, por lo tanto, no puede tampoco tener derechos. Lo que no significa que nosotros no seamos responsables de su cuidado, en realidad nuestro deber se extiende, esta vez unilateralmente, también respecto de la naturaleza. Pero además cuando Jonas insiste sobre la necesidad de una nueva relación con la naturaleza, el centro de su reflexión sigue siendo todavía aquel sujeto único capaz de responsabilidad, que es el hombre.

Ciertamente, la suya es una propuesta de ética global que acarrea tanto al hombre como a la naturaleza, pero el sujeto activo de esta ética sólo

---

[39] Sobre esta ambivalencia entre un monismo explícitamente declarado y un dualismo subrepticiamente introducido ha justamente llamado la atención S. Tönnies, "Hans Jonas zwischen Sein und Sollen", en *Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 370-381.

[40] Por Michel Serres en el volumen *Le contract naturel*, Paris, Bourin, 1990. Justamente en relación a una pregunta referente a este libro, Jonas observaba en una reciente entrevista: "Por lo que respecta en cambio a la idea de considerar a la naturaleza como un participante de una relación de tipo contractual, debo decir que, a mi juicio, se trata de una idea incoherente desde el punto de vista filosófico (...) Es sujeto de derecho solamente un sujeto que puede elevar reivindicaciones en confrontaciones conmigo y que puede también reconocer mis derechos hacia él, (...) derechos sujetos a un arbitrio por la reciprocidad de los derechos y los deberes. No estando obligada en nuestras confrontaciones, la naturaleza no tiene ni siquiera los derechos que podría tener un sujeto de derecho" (H. Jonas, "De la gnose au 'Principe responsabilité'. Un entretien avec Han Jonas", cit. p. 15.

puede ser el hombre llamado ahora a hacerse cargo no sólo de sí mismo, sino también del mundo en el que vive. Quizás es también por esta razón que Jonas, cuando afronta problemas de ética práctica, se concentra otra vez en el hombre. En suma, su ética, como la de Apel, aunque en un sentido distinto, continúa siendo una "ética de la técnica" (y de la incidencia de ella sobre la vida de los hombres), con todos los límites que, como se ha tratado de mostrar, esta fórmula contiene.

(Traducción Alberto M. Damiani)

PREVENCIÓN Y GARANTÍAS: CONFLICTO Y SÍNTESIS

Rafael Alcácer Guirao
Universidad Complutense de Madrid

"Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar"

Rawls, *Teoría de la justicia.*

I. Introducción al conflicto: perspectiva penal, ética y política*

1. *El dilema del derecho penal*

Lo que caracteriza a la institución social de la pena y dota a la discusión acerca de su justificación de hondas repercusiones éticas es su carácter de arma de doble filo con respecto a la libertad individual[1]: la pena se legitima en función de su labor de protección de la libertad de los ciudadanos, pero para ello se agrede al mismo tiempo, con su imposición, la libertad de los ciudadanos. Ese dilema genera además una relación de tensión: toda protección de la libertad conlleva asimismo una recíproca limitación de la libertad, por lo que a mayor protección preventiva mayor detrimento de la libertad de todos.

Dicha tensión es la que en la discusión político-criminal acerca de la legitimidad del Derecho penal se plasma en el binomio dialéctico prevención/garantías, existiendo un permanente conflicto entre ambas orientaciones: si bien a mayor prevención mayor detrimento de las garantías, el conflicto surge también desde la perspectiva inversa: a mayor maximización de las garantías menor funcionalidad preventiva de la pena en su cometido de

---

* Abreviaturas empleadas: **ADPCP**: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. **AFD**: *Anuario de Filosofía del Derecho*. **ARSP**: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. **AT:** *Allgemeiner Teil* (Parte General). **CPC**: *Cuadernos de política criminal*. **FS**: Festschrift **GA**: *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*. **JA:** *Juristische Arbeitsblätter*. **Jura**: *Juristische Ausbildung*. **JZ**: *Juristenzeitung*. **KrimJ**: *Kriminolosgisches Journal*.**NDP**: *Nueva Doctrina Penal* (Argentina). **NStZ**: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. **PJ**: *Poder Judicia*l. **ZRP**: *Zeitschrift für Rechtspolitik*. **ZStW**: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.*

[1] En similar sentido, WOLF, *Verhütung oder Vegeltung? Einführung in ethische Straftheorien,* 1992, p. 129

protección de esferas de libertad, dado que las garantías individuales operan como espacios de libertad limitadores de la intervención penal.

2. *Consecuencias y principios*

Para intentar siquiera desentrañar los hilos de ese dilema es preciso, en primer lugar, que nos detengamos en la vertiente metáetica de ambas direcciones. A muy grandes rasgos, puede afirmarse que el binomio prevención / garantías se corresponde con dos tradiciones éticas opuestas, que hasta la actualidad han venido enfrentándose mutuamente. La orientación preventiva, de una parte, se enmarca en la *tradición utilitarista*, que aspira a maximizar el bienestar de la colectividad, pudiendo menoscabar, entonces, en aras de dicho objetivo, la libertad del individuo concreto; la orientación garantística, de otra, sigue la senda de la *tradición kantiana*, que considera prioritaria la libertad individual frente a cualquier aspiración al bien común, proscribiendo toda funcionalización de dicha libertad en aras de fines sociales[2].

Expresado en términos metaéticos: la prevención partiría de una *racionalidad teleológica,* cuyo único criterio de corrección sería la consecución de los fines asignados, y la atención a las garantías de una *racionalidad deontológica,* cuyo criterio de corrección parte de la adecuación de la acción individual o social a determinados valores o principios, con independencia respecto a la satisfacción de resultados[3] y que se incardinaría, entonces, como un contrapeso limitador a la racionalidad instrumental[4], sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines[5].

La tensión entre ambos criterios viene dada porque la opción por uno sólo de ambos y la prescindencia, con ello, del opuesto, llevaría a la irraciona-

---

[2] Si bien en otros términos, opone asimismo ambas tradiciones SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* 1992, citando a Nino.

[3] Ambos criterios se encuentran ya en Max WEBER *Soziologische Grundbegriffe,* 1984 (4ª ed.), pp. 44 ss., bajo los términos de *Zweckrationalität* y *Wertrationalität*, respectivamente. Vid. asimismo MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts,* en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft,* Jahrbuch für Rechstsoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp p. 27 ss. Dada la oposición correlativa entre consecuencias y principios, algún autor ha caracterizado dicha dualidad bajo la denominación de *consecuencialismo* (término clásico en la teoría ética) y *principialismo* (neologismo): Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites,* en: Silva Sánchez (editor), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, pp. 19-20. Sobre la caracterización del utilitarismo como una teoría consecuencialista, cfr. PETIT, *El consecuencialismo,* en *Compendio de ética,* Singer (edit.), Madrid, 1995, pp. 323 ss.

[4] Así, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten* 1989, p. 19, desde una interpretación de Weber.

[5] Es a partir de estos presupuestos como BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff,* GA 1976, p. 324, puede distinguir entre un concepto *teleológico* y uno *deontológico* de culpabilidad.

lidad, es decir, a la ilegitimidad: un modelo deontológico puro de acción social se presentaría como irracional desde la racionalidad instrumental, dada su desatención de los resultados. El detrimento de la libertad del ciudadano con la imposición de la pena sería, entonces, gratuito y, por ello, ilegítimo, dado que vulneraría la exigencia de utilidad y necesidad del castigo. Pero un modelo teleológico puro sería, en cambio, irracional desde la perspectiva deontológica, dada la ausencia de límites a esa persecución de resultados. El fin justificaría los medios y se estaría, en términos kantianos, identificando a la persona con el Derecho de cosas.

Por ello, la única vía de legitimación pasaría por llegar a un equilibrio *razonable* entre ambos criterios, de modo que la actuación del Derecho venga determinada por una ponderación, en diferentes posibilidades graduales, de ambas formas de racionalidad. Tal es, de hecho, el consenso actualmente existente en la discusión políticocriminal: que ninguna de ambas direcciones puede erigirse en exclusivo factor de legitimación del Derecho penal, desatendiendo a su contrario, por cuanto ese desequilibrio extremo llevaría, a la postre, a frustrar el cometido de protección de la libertad del Derecho penal, ya por anular la capacidad preventiva, ya por anular las limitaciones garantísticas. El problema pasa, entonces, por intentar hallar una *síntesis* entre prevención y garantías[6].

Conflicto y síntesis: el conflicto como realidad y la síntesis como aspiración. Tales son los polos de la polémica. Así, veremos que la discusión doctrinal puede dividirse entre quienes han optado por la *solución del conflicto* y quienes han intentado llegar a una *solución de síntesis*. Pero antes de ello situemos la polémica también en otro plano de discusión.

3. *El problema de la estabilidad social: liberalismo y comunitarismo*

El Derecho penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de determinados fines sociales. Más allá de las diferentes posibilidades de concreción, en un plano genérico el Derecho penal sirve, al igual que el Estado, al fin de la estabilidad social: mantener inalteradas determinadas normas de convivencia, evitando el *bellum omnium contra omnes*. Por ello,

---

[6] Así, entre otros muchos, HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung,* 1976, p. 69; NAUCKE, *Generalprävention und Grundrechte der Person,* en *Hauptprobleme der Generalprävention,* Hassemer/Lüderssen/Naucke (edit.), 1979, pp. 7 ss. (pp. 23 ss. y passim) ; KUNZ, *Prävention und Gerechte Zurechnung*, ZStW 98 (1986) , p. 828 ; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, p. 221; HÖRNLE/v. HIRSCH, *Positive Generalprävention und Tadel,* GA 1995, p. 265. Una lúcida presentación y desarrollo del problema desde esa caracterización dialéctica expuesta en el texto ofrece SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), pp. 202 ss.

la discusión acerca de la legitimidad del Derecho penal estará íntimamente vinculada al modelo ideológico de Estado de que se parte, por lo que en la polémica entre prevención y garantías deberán tenerse muy presentes las implicaciones ideológicas que sustentan las bases teóricas de la misma[7]. Como ha afirmado Müller-Dietz, "ocuparse del fundamento jurídico y fines de la pena criminal no es suficiente... Desde una perspectiva teórica se trata también de la comprensión del Estado que yace tras la determinación de las funciones del Derecho penal, y con ello, al mismo tiempo, de la relación del individuo en y con el Estado"[8].

Tal ha sido el gran interrogante que desde los orígenes de la filosofía política ha quitado el sueño a los pensadores: ¿cómo es posible la estabilidad social? Interrogante que incide directamente en nuestra discusión, por cuanto la pena aparece como uno de los medios por excelencia para alcanzar esa estabilidad social, y atiende, por ello, a la discusión esencial acerca de cómo establecer de las relaciones entre Estado e individuo; en términos más habituales para nosotros, la cuestión sería: ¿hasta qué punto es legítimo, en aras de fomentar la estabilidad social, servirse de derechos individuales de los ciudadanos? Los polos del conflicto son, en realidad, los mismos: aseguramiento de fines preventivos *versus* respeto a garantías individuales; o bien: fomento del bien común *versus* respeto a los derechos individuales.

Entramos de lleno, así, en el ámbito de la filosofía política. Si desde un plano ético habíamos plasmado la oposición entre dos tradiciones: la utilitarista y la kantiana, en el ámbito en el que nos hemos introducido ahora dicha oposición se transmuta en la existente entre dos líneas de pensamiento político: *comunitarismo y liberalismo*[9].

---

[7] MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, en: Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994, p. 29: "La discusión sólo podrá discurrir sobre bases racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende".

[8] MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht,* Jescheck- Festschrift, 1985, p. 812. La innegable dependencia de la concepción del Derecho penal de la propia comprensión del Estado que se mantenga es resaltada asimismo, entre otros, por MIR PUIG, *Función de la pena* (nota 7), p. 29, quien habla de la "vinculación axiológica...entre función de la pena y función del Estado"; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 197 y passim; FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995,* 1997, p. 28: "La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal".

[9] Sería imposible dedicar aquí el suficiente espacio para una exposición detallada de lo que separa a ambas líneas de pensamiento, por lo que el lector no versado en estos temas tendrá que conformarse con las breves indicaciones que se harán a continuación. Para un amplio análisis de dicha discusión, y sus relaciones con la legitimación del Derecho penal, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena,* Buenos Aires, 2001, *passim*.

El desencuentro entre ambas doctrinas es determinante para la discusión que nos ocupa. Lo que, por encima de todo, caracteriza al liberalismo es la prioridad dada a los derechos individuales frente a todo tipo de satisfacción de intereses o fines supraindividuales. Estos Derechos se erigen como una "envoltura de protección" frente a los intereses colectivos y la acción coercitiva del Estado que, a modo de un derecho de defensa, garantiza que principios como el de la dignidad humana o el de autonomía moral no puedan ser supeditados o funcionalizados para la persecución del bien común[10]. Desde esta perspectiva, el liberalismo –siguiendo la estela de la tradición kantiana– acogería esa racionalidad deontológica que auspiciaría la atención a las garantías individuales. Frente a esa doctrina, el comunitarismo parte del presupuesto contrario: el *prius* axiológico no radica en la libertad individual, sino en el mantenimiento de los vínculos valorativos que cohesionan y dan su identidad a la comunidad, en aras de su estabilidad y del bien de la colectividad. Por ello, desde esta orientación colectivista los derechos de las personas pueden en ocasiones verse vulnerados legítimamente en aras del mayor bien de la identidad común[11]. Dicho presupuesto aproxima induda-

---

[10] Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia,* 1995 (reimpresión), pp. 19-20: "Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar". En este sentido, cfr., por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit,* 1996, p. 51; HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 1998*,* pp. 178, 142, 323 (citando a Böckenförde: "En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado"); el mismo, *"Razonable" versus "verdadero" o la moral de las concepciones del mundo*, en Habermas/Rawls: *Debate sobre el liberalismo político*, 1998, p. 179: "El liberalismo político o de Estado de Derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del poder del Estado". En idéntico sentido, ya Bentham estimaba que "la libertad personal es la seguridad contra cierto tipo de injerencias contra la persona. Y la llamada libertad política es otra rama de la segu ridad, la seguridad contra la injusticia de los detentadores del poder público" (Citado por MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, 1992, p. 327.) Vid. también ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe,* en: Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 21, quien habla de un derecho de defensa frente al poder estatal exigido desde el principio de culpabilidad e inferido desde el principio de la dignidad humana.

[11] Cfr., en esta línea, TAYLOR, *Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus,* en Honeth (edit.), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, 1993, pp. 103, p. 130, ejemplificándolo con la defensa de la tradición cultural francesa de la comunidad de Quebec; MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend*?, en Honeth (edit.), *Kommunitarismus* (*ob. cit.*), p. 94 . En este sentido, afirma GUTMANN, *"Keepin 'em down on the farm after they've seen Paree": Aporien des Kommunitaristischen Rechtsbegriffs,* ARSP 1997, p. 59, que en el comunitarismo "el 'valor' social de las personas como miembros de la comunidad se determina en función de su disposición a la realización de...ese bien común".

blemente el comunitarismo al criterio consecuencialista del utilitarismo[12], en cuanto que lo relevante es la satisfacción de fines sociales –el bienestar del mayor número, la estabilización del colectivo–, aun en detrimento de intereses del individuo en particular. Sabido es, en este sentido, que el utilitarismo ha tenido que enfrentarse siempre a objeciones relativas a la injusticia en la distribución de bienes, ya que la maximización del bienestar para el mayor número desatiende la justicia en el reparto equitativo entre personas[13]. En este sentido, las críticas que Rawls –eminente representante del liberalismo de raíz kantiana– dirige a la doctrina utilitarista parten precisamente del hecho de que el utilitarismo adopta "para la sociedad, como un todo, el principio de elección racional del individuo"[14], por lo que "el utilitarismo no es individualista"[15], sino que, por el contrario, como afirma Nino, poniéndolo también en relación con el substrato del comunitarismo, parte "de un carácter agregativo y, por ende, holista"[16].

Así, frente a la exclusiva tendencia preventiva del comunitarismo, y frente a la maximización a cualquier precio de la estabilidad social, una perspectiva liberal en este ámbito se caracterizaría por el acuerdo intersubjetivo, en base al modelo del contrato social[17], acerca del establecimiento de principios limitadores que sirvieran como una esfera de protección frente a la inercia preventiva estatal, basada en intereses colectivos, del *ius puniendi,* sin por ello abandonar la pretensión preventiva de protección de los intereses personales a través de la pena, por cuanto ese cometido también aspira, a la postre, a garantizar esferas de libertad individual. Tal será, en efecto,

---

[12] Cfr., por ejemplo, BILBENY, *Política sin Estado*, 1998, pp. 81-82, destacando que en los planteamientos autoritarios de Hegel el fin justificará los medios. Vid. también NINO, *Ética y derechos humanos,* 1989, p. 212.

[13] Críticas de esta índole sobre el utilitarismo pueden encontrarse en NINO, *Introducción al análisis del Derecho,* 1991 (4ª edición), p. 400; WILLIAMS, *der Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik,* 1994, p. 102; FRANKENA, *Analytische Ethik. Eine Einführung,* 1994 (5ª edición), p. 54.

[14] RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), p. 45.

[15] RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), p. 48.

[16] NINO, *Ética y derechos humanos* (nota 12), p. 212.

[17] Sobre el contrato social, en sus perfiles actuales, cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), pp. 28 ss., y *passim.* A diferencia de autores clásicos como Locke, Kant o Rousseau, Rawls no se sirve del contrato social para fundar el Estado, sino para establecer, a través de un acuerdo intersubjetivo basado en la racionalidad de las partes y realizado en términos de igualdad, determinados principios de justicia, los cuales, en cualquier caso, servirán para la legitimación de las instituciones públicas básicas. Sobre dicha concepción y aplicación de la figura del contrato social, cfr. también NINO, *Introducción* (nota 13), pp. 409-410; KOLLER, *Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen,* en O. Weinberger-Festschrift, 1984, pp. 241 y 243 ss.

la postura que aquí se acogerá, intentando llegar a una cierta convivencia pacífica de ambos polos en virtud de los postulados del liberalismo.

Antes de ello, expondré las distintas concepciones que acerca de dicha tensión se han dado en la discusión científica. Para ello centraremos nuestra atención en el *principio de culpabilidad*, en cuanto criterio para la determinación del grado de *distribución* de la pena impuesta, momento en el cual el menoscabo de la libertad de ciudadano por la pena se hace más incisivo[18]. Desde esta perspectiva, el conflicto tantas veces citado puede designarse mediante el binomio prevención/retribución, en tanto que la idea de la retribución, siendo ilegítima como *fin* de la pena, por desatender radicalmente el principio de la utilidad o necesidad de pena[19], acoge en su seno esa exigencia garantística de aplicación de la pena en virtud de los principios de culpabilidad y proporcionalidad[20] y el consiguiente rechazo a toda instrumentalización del ciudadano[21]. Tal sería, en palabras de Jellinek, el "núcleo de verdad" de las tesis retributivas[22], en cuya virtud ha podido afirmarse que "los principios del retribucionismo pueden representar una valiosa restricción de la poderosa razón del bien social frente al individuo"[23].

---

[18] Y, por esa razón, es en su discusión done más se ha hecho incidencia en el dilema entre prevención y garantías. Cfr., entre muchos, JAKOBS, *El principio de culpabilidad,* en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal,* 1997, p. 366: "sin respetar el principio de culpabilidad, la pena es ilegítima; pero si el principio de culpabilidad limita considerablemente la utilización de medios socialmente funcionales, esto es, si tiene un significado y no es un concepto vacío, entonces existe el peligro de que la pena sea inadecuada para la consecución de sus fines y sea ilegítima por esa otra razón". En similar sentido, ya, el mismo, *Culpabilidad y prevención,* en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal,* 1997, p. 75.

[19] Sobre el principio de utilidad, vid. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9), pp. 34-35.

[20] Así, BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat,* en: Baurmann/Kliemt (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtstaat,* 1991, p. 122-123.

[21] En este sentido, entre otros (vid. nota siguiente), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), p. 306-307, considerándolo "la aportación práctica esencial del pensamiento retribucionista clásico"

[22] JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe,* 1967 (Reed. del original de 1878), p. 105. Sobre las citadas bondades de la idea retributiva vid. también HART, *Prolegomenon to the principles of punishment,* en: Hart, *Punishment and Responsibility*. 1968, p. 12; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto* (nota 8), p. 204; HASSEMER, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, en: Mir Puig (editor), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, p. 125; BETEGÓN, *La justificación del castigo,* 1992, pp. 330 ss.

[23] BETEGÓN, *La justificación del castigo* (nota 22), p. 332

II. Soluciones de conflicto y soluciones de síntesis

1. *Soluciones de síntesis: la culpabilidad se fundamenta en la prevención*

a) *Exposición*

En primer lugar se valorarán las teorías que, a la hora de legitimar la pena, operan exclusivamente desde el criterio consecuencialista de la prevención efectiva, prescindiendo del establecimiento vinculante de garantías individuales como la culpabilidad o la proporcionalidad, por entender que es en el seno de la propia lógica preventiva donde pueden encontrarse límites a la inercia preventiva estatal. Son las teorías que, negando dicha situación de conflicto, establecen una solución de síntesis a la relación entre la prevención y las garantías.

Como se acaba de afirmar, lo que caracteriza a dichas *soluciones de* síntesis es la presunción de que no es preciso establecer límites *externos* a la propia lógica preventiva, puesto que ésta conlleva en sí misma su propia autolimitación, y consigue, por tanto, evitar situaciones como la punición de inimputables o en general la tendencia a la agravación del grado de la pena, situaciones que clásicamente han venido criticándose de la racionalidad teleológica exclusivamente maximizadora de la prevención. Dentro de este grupo, pueden distinguirse a su vez dos concepciones, respondiendo cada una a las dos formas de prevención general.

En primer lugar, la solución de síntesis se defiende desde la *prevención general negativa*. Los defensores de esta postura sostienen que la prevención no ha de llevar a la punición de inimputables, puesto que la utilización de la pena sobre esa clase de personas no es preventivamente necesaria. Desde la amenaza de pena, porque no son motivables por la misma; pero tampoco la imposición de una pena a un inimputable tendría efectos de intimidación sobre futuros delincuentes, y ello, se afirma, porque entre los individuos imputables se da un "*proceso de identificación*" que permite diferenciar efectos preventivos con respecto a los inimputables. Se sostiene, así, que "la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente"[24] .

[24] GIMBERNAT, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad,* en: Gimbernat: *Estudios de Derecho Penal*, 1990 (3ª edición), pp. 176 -177; en igual sentido, el mismo autor, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?,* en: *Estudios* (*op. cit.*), p.157. Le sigue LUZÓN, *Medición de la pena y sustitutivos penales.* 1979, pp. 38 ss., 46 ss. ; el mismo, *Prevención general y psicoanálisis,* en: Mir Puig (editor), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 144 ss.

La solución de síntesis es defendida también desde la *prevención general positiva*. La forma de solucionar la tensión entre prevención y retribución de esta teoría presenta una especial particularidad. A diferencia de la concepción anterior, que prescinde de cualquier referencia a principios subyacentes a la retribución, esta forma preventiva atribuida a la pena extrae la veta utilitarista precisamente del propio pensamiento retributivo. La prevención general positiva hace suyo un hecho que ya venía evidenciándose desde hacía años en la concepción absoluta de la pena, consistente en la paradójica "persecución de fines y negación de fines"[25]: en que tras la aparente desvinculación de todo fin latía cierto *telos* vinculado a la influencia de la pena en el colectivo social respecto a la vigencia del Derecho y a necesidades de estabilidad social, mucho más mundano y contingente que la pretensión metafísica de justicia[26]. El recurso a la funcionalidad del aspecto retributivo de que se nutre la prevención general positiva implica la asunción de una relación de reciprocidad entre utilidad y justicia: no sólo la pena útil es la pena justa –en cuanto legítima–, sino que también sólo una pena justa será una pena útil a esos fines preventivos, por cuanto sólo entonces será aceptada por la ciudadanía.

La prevención general positiva no busca producir efectos preventivos a través de la intimidación, sino que tal prevención se busca mediatamente, a través de la pena impuesta, por medio de la estabilización de la conciencia jurídica colectiva y el restablecimiento del equilibrio psico-social alterado

---

[25] HASSEMER, *Fines de la pena* (nota 22), p. 126.

[26] La proximidad entre la retribución y la prevención general positiva ha sido puesta de manifiesto ampliamente por la doctrina. Por un lado, se llega a dudar si alguna vez fue defendida la retribución como "desvinculada de todo fin". Así, HASSEMER, *Fines de la pena* (nota 22), p. 126; FROMMEL, *Umrisse einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht*, Schüler-Springorum-Festschrift, 1993, p. 271: "La pena en el modelo clásico de retribución es...protección de la norma. La teoría era y es *preventiva*: su *finalidad* es el *mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada*". (Cursivas en el original). Cfr., además, LUZÓN, *Medición* (nota 24), p. 36, afirmando que la prevención general positiva no es otra cosa que retribución teñida de tintes psicológico-sociales. Cfr. también KAUFMANN, Arthur, *Über die gerechte Strafe,* Hilde Kaufmann-Festschrift, 1987, p. 429; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (nota 6), p. 29; PAPAGEORGIOU, K.A., *Schaden und Strafe,* 1994, pp. 32 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), p. 227; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*¸ 1997, p. 29: "El fin de la pena aparentemente carente de fines es el restablecimiento de la autoridad del Derecho a costa del delincuente a través de la pena ejemplar impuesta en su caso". Asimismo, las teorías que, partiendo del funcionalismo de Durkheim, centradas en el fin de integración por medio de la satisfacción de instintos colectivos de venganza asumen dicho fin de la pena como "necesidad social de retribución". Cfr., por ejemplo, STRENG, *Schuld, Vergeltung, Prävention,* ZStW 92 (1980), p. 649; ACHENBACH, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, en: Schünemann (compilador), *El Sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* , 1991, p. 140.

por el delito[27]. Así contemplada, la tesis de partida es que *sólo la pena ajustada a la culpabilidad puede ser aceptada socialmente y cumplir su misión de mantener la confianza y ejercer la fidelidad en el ordenamiento jurídico*. En consecuencia, a juicio de sus defensores, la prevención general positiva incorpora en sus fines su propia limitación y consigue evitar la tendencia al terror penal propia de la prevención de intimidación, ya que la punición de inimputables o la imposición de penas que superaran lo ajustado a la culpabilidad irían en detrimento de la aceptación del Derecho como orden justo por la comunidad[28].

b) *Valoración crítica a las soluciones de síntesis*

Ciertamente, a primera vista las soluciones de síntesis se presentan más convincentes y operativas, en tanto en cuanto permiten atender a las exigencias garantísticas sin abandonar la fundamentación preventiva que debe legitimar toda la labor de la institución penal, evitando además las a veces irreductibles *antinomias* que produce el enfrentamiento de principios opuestos propio de las soluciones de conflicto. Sin embargo, es la pretendida armonía con que se afirma que puede resolverse el permanente binomio utilitarismo/justicia la que genera dudas respecto de la viabilidad de tal propuesta[29].

---

[27] Sobre las teorías de la prevención general positiva, y sus diferentes versiones, cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9), pp. 49 ss.

[28] Cfr. ROXIN, *Zur jüngsten Discussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit*, Bockelmann-Festschrift, 1979, p. 305; MÜLLER-DIETZ, Jescheck-Festschrift (nota 8), 1985, pp. 818 ss; ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention),* Pallin-Festschrift, pp. 308 ss.; ACHENBACH, *Imputación individual* (nota 26), pp. 140; STRENG, ZStW 101 (1989), p. 292; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, 1991 pp. 11-12;. Vid., además, aunque con importantes diferencias, que después destacaremos, WOLFF, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität,* ZStW 97 (1985), p. 800; KUNZ, *Prävention und gerechte Zurechnung*, ZStW 98 (1986), p. 832; HÖRNLE/von HIRSCH, *Positive Generalprävention und Tadel*, GA 1995, p. 264; BAURMANN, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 1994, pp. 379 ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), pp. 134; MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en: Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994, pp. 129 ss., quien plantea la prevención general positiva atendiendo exclusivamente a sus límites frente a los excesos inherentes a la intimidación, rechazando, en cambio, las concepciones que pretenden servirse de dicho fin de la pena como fundamento y legitimación de la pena y del Derecho penal. Vid. infra sobre esta posición.

[29] Afirma en este sentido BURKHARDT, GA 1976, p. 336, que, habiendo sido tradicionalmente el principio de culpabilidad un criterio restrictivo, las concepciones teleológicas de la culpabilidad – las que pretenden derivarla de la propia lógica preventiva – se presentan, en cierta medida, como paradójicas.

Si bien es en la actualidad, a partir del abandono de fundamentaciones absolutas de la pena y de la acentuación de la pena como instrumento social, cuando más generalizadas aparecen estas tesis, la pretensión de derivar principios limitadores de la lógica preventiva es tan antigua como la propia doctrina utilitarista. Así, ya Bentham se había esforzado por extraer límites a la función preventiva de intimidación sin abandonar el seno de su doctrina ética utilitarista, afirmando que la prevención presupone un principio de culpabilidad, puesto que el efecto intimidatorio sólo puede producirse sobre personas capaces de comprender el sentido de la amenaza y actuar en consecuencia al mismo[30]. Pero la ingenuidad de que pecaba esta postura la convertía en objeto de fáciles críticas. Así, Hart calificó los argumentos de este autor como un "espectacular *non sequitur":* todo lo que demuestra con sus afirmaciones es que la *amenaza* de pena no tendría efecto sobre los inimputables, pero nada dice respecto del hecho de que la punición de un inimputable no vaya a tener efectos preventivos frente a eventuales terceros imputables, lo cual es, afirma el jurista anglosajón, perfectamente factible[31].

No obstante, desde las filas de la prevención general negativa se ha dado respuesta a esa cuestión: es, como ha sido destacado, ese *proceso de identificación* entre imputables lo que permite separar cognitivamente efectos preventivos entre ambos grupos de individuos. ¿Pero hasta qué punto resulta convincente tal afirmación? Podría, *prima facie*, ser plausible que los individuos accesibles al mandato normativo no deducirían una relativización de la amenaza dirigida a ellos si quedara impune un oligofrénico profundo, pero tal presunción pierde fuerza si nos referimos a otro tipo de inimputables como menores de edad, o si la impunidad es consecuencia de un error (invencible) de prohibición[32]. Una teoría que pretenda fundar un límite firme, es decir, no contingente, a la punición indiscriminada de inimputables debe estar en disposición de demostrar que dicho límite puede justificarse en todos los casos, y no sólo generalmente. Además, para poder ofrecer un límite seguro, el razonamiento utilitarista sobre el fundamento de la limitación debe poder argumentarse también en sentido positivo: desde esta postura todo

---

[30] Sobre la postura de Bentham, cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit,* 1981*,* pp. 19 ss.

[31] HART, Prolegomenon (nota 22), p. 19. Vid. también BURKHARDT, GA 1976, pp. 336-337; KIM, *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten diskussion zu "Schuld und Prävention*", 1987, p. 107, citando a Burkhardt.

[32] Gimbernat extiende la idea de la identificación también respecto a los sujetos en error de prohibición. Cfr. *El sistema* (nota 24)*,* pp. 177-178. Críticas similares se encuentran en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6)*,* pp. 149 ss.

lo que se afirma es que "las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los 'inimputables' queden exentos de responsabilidad criminal"[33], pero nada dice respecto de que la punición a un inimputable no haya de aumentar dicho vigor inhibitorio sobre los futuros delincuentes imputables. La lógica del imputable, según esa tesis, sería: "al inimputable no le imponen la pena por la realización de una acción contraria a la norma, pero como yo no soy como él, a mí sí me la impondrán", pero, imponiendo la pena también a los inimputables, ese proceso de identificación llevaría al siguiente razonamiento: "si a un inimputable le imponen una pena qué no harán conmigo, que no soy como él". Es decir, la punición de inimputables aumentaría la efectividad preventiva, y una teoría utilitarista que *fundamente* la pena exclusivamente en dicha lógica tiene que partir siempre de la efectividad del fin perseguido.

En suma, si el único fin –y límite– de la pena es la intimidación no puede garantizarse que no vaya a aplicarse la pena a sujetos inimputables cuando ello sea necesario. Y, si lo que se pretende es garantizar la impunidad de estos sujetos en todos los casos, y no sólo generalmente, la afirmación de que tal necesidad se daría sólo en situaciones excepcionales no puede servir para justificar esta postura. Sin duda, contradice todas nuestras intuiciones de justicia el uso de la sanción penal sobre quien no ha podido tomar una decisión frente a la amenaza, pero se hace preciso un principio *deontológico* –es decir, inmune a las argumentaciones teleológico-preventivas– que pueda oponerse a la imposición de pena en estos casos.

Ello se evidencia, por ejemplo, en la postura de Mir, quien, después de plantearse la posibilidad de derivar la responsabilidad penal desde el criterio de la (ausencia de) *necesidad* de pena, termina por fundamentar su idea de la motivabilidad normal como fundamento de la culpabilidad con base en premisas deontológicas, afirmando que "es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad...el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos, sino en un planteamiento *valorativo* que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar a quien actúa sin culpabilidad....vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal"[34]. Como puede apreciarse, en ambas líneas doctrinales se apela al presupuesto de la *igualdad* entre los sujetos, pero de forma muy distinta: mientras en las tesis consecuencialistas la desigualdad

[33] GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro...?* (nota 24), p. 157

[34] MIR PUIG, *Función* (nota 27), pp. 85-86 (Cursivas en el original).

es entendida como un *factum* desde el que, supuestamente, puede derivarse empíricamente la ausencia de necesidad preventiva, en la afirmación de Mir la igualdad se asume como principio prescriptivo, el cual no puede vulnerarse *aunque* fuera necesario para la prevención.

Esta parecería ser, en cambio, la postura de la segunda de las soluciones de síntesis, si, como hemos dicho, la prevención general positiva incorpora el pensamiento retributivo –el principio de justicia que de él emana– sin abandonar las premisas de cariz teleológico, y sólo desde la pena ajustada a la culpabilidad han de plantearse efectos preventivos[35]. Se afirma, así, que la imposición de pena sólo sería necesaria cuando la impunidad del delincuente no pudiera asumirse por la población sin que se quebrantara su fidelidad al ordenamiento[36]. Pero, desde un planteamiento consecuente de la tesis según la cual la culpabilidad se *fundamenta exclusivamente en la prevención,* dicha proposición debe también invertirse: si el fin del Derecho penal es la estabilización de la conciencia jurídica y el reforzamiento de la fidelidad al ordenamiento de la colectividad, y ese fin preventivo se erige en exclusivo *fundamento* de la sanción, habrá de imponerse una pena, no sólo cuando no haya más remedio, sino siempre que sea necesario para ese fin de estabilización, y el hecho de que se haya cometido un delito implicará *per se* una presunción del debilitamiento de la norma; asimismo, la distribución de la pena –a quién y cómo– vendrá exclusivamente dada por dichas necesidades[37]. Ello parece ser así en el primer Jakobs, para quien la "culpabilidad se fundamenta en la prevención general...y se mide conforme a dicha prevención"[38]. En otras palabras, el aspecto positivo –el "núcleo de verdad", en palabras de Jellinek– que yacía en la idea de retribución, consistente en la atención a la justicia de la medida del castigo, pudiendo así operar como límite a la tendencia expansiva de la lógica preventiva, es funcionalizado en

---

[35] De hecho, se ha afirmado que una de las razones del renacimiento de la prevención general positiva es su aspiración de erigirse en una solución al problema de las antinomias de la pena. Vid., así, CALLIES, *Strafzwecke und Strafrecht,* NJW 1989, p. 1339; PÉREZ MANZANO, *Aportaciones de la prevención general positiva,* en: Silva Sánchez (editor), *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, pp. 73 a 75; FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal* (nota 8), p. 38.

[36] Cfr. *supra* nota 28.

[37] En este sentido, FRISCH, *Schwächen und berechtige Aspekte der positiven Generalprävention*, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (editores), *Positive Generalprävention,* 1998, p. 130, citando tanto a Roxin como a Jakobs, aunque matizando que hay diferencias importantes entre ambos.

[38] JAKOBS, *Culpabilidad y prevención* (nota 18), p. 78 . Vid. asimismo, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, 1991 (2ª edición). 17/22, 17/31, aunque más matizadamente. Como luego veremos, la evolución de Jakobs en este aspecto puede llevar a interpretar sus actuales postulados de forma distinta, más cercanos a las soluciones de conflicto.

aras de intereses preventivos, y lo que aparecían como premisas deontológicas pasan a convertirse en criterios de carácter exclusivamente funcional a dichos fines de estabilización, por lo que la potencialidad limitativa de las mismas se diluye: ¿cómo se resuelve el conflicto que surgiría si la aplicación de principios de justicia limitativos de la punición resultara disfuncional a dicha finalidad? ¿Habría de optarse por la punición de un inimputable si ello revirtiera efectos estabilizadores en el colectivo social? Desde la lógica *exclusivamente consecuencialista* que presenta este modelo la respuesta no puede ser sino afirmativa[39].

Respecto de esos pretendidos efectos preventivos que conlleva la misma aplicación de criterios de justicia propugnados por esta postura doctrinal, la cuestión decisiva a plantear es qué contenido se atribuye a esos criterios y desde qué instancia argumentativa son inferidos. En este sentido, cabe distinguir, dentro de la prevención general positiva, dos formas diferentes de interrelación entre prevención y culpabilidad: *fundamentación* y *compatibilidad*. Así, no es lo mismo afirmar que la culpabilidad se fundamenta en criterios preventivos, que afirmar que el mantenimiento del principio de culpabilidad –derivado de argumentos deontológicos, externos por tanto a la racionalidad utilitarista– será compatible con los efectos preventivos de la pena[40].

Dicha dualidad de criterios en la relación entre la culpabilidad y la prevención oscila y se mezcla en las diferentes concepciones mantenidas por la doctrina sobre la prevención general positiva, y viene a corresponderse con la distinción planteada por Mir Puig entre la función fundamentadora y la función limitadora de la prevención general positiva[41]. Desde la posición fundamentadora, que es la que ahora estamos sometiendo a consideración, los principios garantísticos de justicia son vaciados de contenido deontológico, y su comprensión se obtiene, como ya hemos visto, exclusivamente de la racionalidad final preventiva: "la pena adecuada a la culpabilidad es, por definición, la pena necesaria para la estabilización de la norma", manifiesta Jakobs[42]. Así, en esta concepción, la idea de justicia se tergiversa y modifica en aras de su contingente virtualidad funcional, para convertirse en el sentimiento psico-social de lo justo en una situación concreta.

Dejando momentáneamente de lado la cuestión puntual acerca de si la concepción actual de Jakobs – sin duda el autor más controvertido en materia

---

[39] En igual sentido, WOLFF, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität,* ZStW 97 (1985), p. 803; FRISCH, *Positiven Generalprävention* (nota 37), p. 137.

[40] La distinción procede de BAURMANN, *Folgenorientierung* (nota 30), p. 26.

[41] Cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora* (nota 28), pp. 129 ss.

[42] JAKOBS, AT (nota 38) 17/31.

de culpabilidad – puede inscribirse en este sector doctrinal, esa concepción de la culpabilidad *fundamentada* en la prevención es indudable en quienes, acogiendo los postulados funcionalistas de Durkheim, para quien la pena es una reacción pasional de venganza colectiva[43], conciben la función de la pena como un instrumento para satisfacer los instintos de venganza de la colectividad generados tras una conducta delictiva[44]. Desde esta perspectiva, la idea de la retribución se transmuta en la "necesidad social de retribución"[45], por lo que la intensidad y destinatarios de la pena se decidirá en función del grado de indignación o repulsa o temor que despierte la acción delictiva en la opinión pública[46]. Ya el mismo Durkheim expresó con claridad esta idea: "Cuando en los tiempos actuales se habla de un castigo justo, se está haciendo referencia en forma sublimada a ese sentimiento ancestral de ira colectiva, con la cual el grupo activa sus mecanismos de reacción y repulsa frente a actos desviados de sus representaciones comunes, reacción pasional que revierte en la cohesión afectiva de la comunidad"[47].Tal como decíamos de la doctrina comunitarista –de la que Durkheim es evidente antecesor–, la libertad individual cede ante las necesidades de restablecer la cohesión social. En suma, si el componente deontológico de la culpabilidad se transforma en teleológico, nada queda, por tanto, de la referencia garantística que se predicaba de los principios inherentes a la retribución[48].

---

[43] Vid. sobre ello, recientemente, ROBLES, *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim),* 2001, p. 89 ss.

[44] Sobre la concepción de la pena en Durkheim y su influencia en la discusión actual, remito a ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9)*,* pp.73 ss.

[45] Cfr., de nuevo, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649; ACHENBACH, *Imputación individual* (nota 26)*,* p. 140.

[46] Claramente, GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, 1990, p. 127: En Durkheim "el principio de proporcionalidad es establecido a partir de la equivalencia entre la intensidad de la alteración del orden emocional y su reacción restitutiva". En el mismo sentido, FAUCONNET, *Warum es die Institution "Verantwortlichkeit" gibt?*, en: Lüderssen/Sack (editores), *Abweichendes Verhalten,* II, 1, 1975, pp. 299. Sobre la relación entre el sentimiento de amenaza y las exigencias de seguridad ciudadana con la tendencia al aumento de rigor punitivo, cfr., por ejemplo, HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal "eficaz",* Estudios penales y criminológicos, 1991, pp. 189 ss.

[47] Citado *apud* BULLASCH, *Rechstsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1987*,* p. 72.

[48] Crítico con la sustitución de criterios garantísticos fundamentados en premisas axiológicas por la tergiversación de los mismos en función de exigencias irracionales de la colectividad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación,* (nota 2)*,* pp. 234 ss. También LUZÓN PEÑA, *Prevención* (nota 24)*,* p. 154; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6)*,* p. 182; BOCK, *Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention,* ZStW 103 (1991), p. 647.

Por otra parte, la pretensión de ofrecer una limitación frente a la tendencia al terror penal de la intimidación se muestra absolutamente ineficaz. Como acertadamente se ha objetado, dichas exigencias de venganza pueden implicar un mayor grado de punición que el necesario para la intimidación[49]; y lo cierto es que el hecho de que la punición de inimputables o inocentes pueda ser funcional a los fines de estabilización y pacificación social apenas puede dudarse[50]. Respecto a la punición de inimputables, la síntesis que pretende la prevención general positiva respecto a la culpabilidad implica aún menor potencialidad limitativa que la prevención de intimidación. Así, mientras que esta última teoría, al otorgar el mayor peso preventivo al momento de conminación penal abstracta, permite al menos la posibilidad de individualizar la relación subjetiva del autor con su acción en base a la motivabilidad de éste frente a la norma, ofreciendo tras la normativización del juicio de atribución de responsabilidad un substrato fáctico psicológico-individual empíricamente –al menos potencialmente– verificable[51], la prevención general positiva, al centrarse en el momento impositivo de la pena, renuncia o relativiza esa individualización, relacionando al autor con su acción desde los efectos psico-sociales que se presume que ésta genera en la colectividad[52]. Ello se muestra con especial evidencia en las tesis de Jakobs[53], para quien, asumiendo una total normativización funcional de la culpabilidad, los criterios individuales –estado psíquico, motivabilidad, conocimiento de la prohibición, etc.–, son, al menos nominalmente, sólo relevantes en tanto en

---

[49] Así LUZÓN PEÑA, *Prevención* (nota 24), p. 149; WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 803. Otra opinión parece mantener HASSEMER, *Variationen der positive Generalprävention,* en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (editores), *Positive Generalprävention,* 1998, pp.36-37, reconociendo, no obstante, que tampoco la prevención general positiva está libre de la instrumentalización del individuo.

[50] Ello se manifiesta en el ejemplo hipotético de McCloskey, citado por NINO, *Introducción* (nota 13), p. 430, empleado para demostrar las consecuencias a que puede llevar el solo pensamiento preventivo: en un pueblo del sur de los Estados Unidos se produce una violación de una mujer blanca por un negro que es imposible hallar y, ante la amenaza de los blancos de linchar a un buen número de negros, el sheriff utilitarista inventa pruebas sobre un negro inocente para satisfacer las ansias de venganza de la colectividad.

[51] Sobre la relevancia de criterios empíricamente verificables para la racionalización y control de la arbitrariedad en el Derecho penal, cfr. BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?,* en Lüderssen/Sack (editores), *Abweichendes Verhalten,* IV, 1980, pp. 206 ss., 263; LÜDERSSEN, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipiendenken,* ZStW 107 (1995), pp. 893 ss.

[52] En similar sentido, aunque por distintas razones, HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, p. 209.

[53] Sobre lo siguiente, cfr. JAKOBS, AT (nota 38) 17/18 ss. (concepto funcional de la culpabilidad y fines de la imputación subjetiva), 17/29 ss. (fundamento y (negación de función de límite) de la culpabilidad), 18/1 (imputabilidad). Cfr. también la exposición de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), pp. 160 ss.

cuanto es posible resolver el conflicto (quebrantamiento de la vigencia de la norma) de otra forma que no sea la imputación del autor como responsable del mismo y la consiguiente imposición de la pena. Así, el quebrantamiento de la expectativa producido por la acción delictiva de un inimputable puede procesarse como si de una expectativa cognitiva se tratara, asumiendo la sociedad tal frustración y no siendo, por ello, precisa la imposición de pena. Pero lo relevante no es, en sí, la condición de inimputabilidad del sujeto, ni, por tanto, su situación de desigualdad ante la capacidad para motivarse frente a la norma, sino la forma en que la colectividad asume el conflicto; en otras palabras, si la acción de un inimputable es idónea para desestabilizar la conciencia jurídica social, teóricamente el conflicto deberá solucionarse atribuyendo al autor inimputable la frustración de la expectativa: imponiéndose, por ello, la pena para estabilizar la vigencia de la norma[54].

En suma, desde la versión de la prevención general positiva que pretende *fundamentar* sus propios límites toda garantía para el individuo desaparece en aras de la maximización funcional del fin de estabilización. como ha afirmado Stratenwerth, "si el principio de culpabilidad debe tener por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá fundamentarse en las exigencias de la prevención, sino que deberá basarse en otras consideraciones"[55].

2. *Soluciones de conflicto*

a) *Una tesis de partida: la estabilidad depende de la legitimidad*

No obstante, es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad, por lo que la idea de la *aceptación* de la imposición de la pena por parte de la sociedad debe ser un factor importante a la hora de ponderar su aplicación. Y ello atendiendo

---

[54] Como, en relación con la concepción "sistémica" de Jakobs, afirma KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 825, la aplicación de la pena "queda sometida al cálculo preventivo". Ello es claro respecto de la tesis sostenida por el primer Jakobs acerca de los delincuentes impulsivos: cfr. JAKOBS, *Culpabilidad y prevención* (nota 18), p. 80, cuya exculpación sólo pudo ser admitida "una vez que la medicina hubo conseguido ofrecer remedios para su tratamiento"; esto es, una vez que pudo resolverse el conflicto de otra manera. Sobre el controvertido tratamiento de los delincuentes impulsivos en Jakobs, cfr. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal,* 1997, p. 54-55, destacando las modificaciones del mismo Jakobs al respecto. El mismo JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* 1996, p. 32, nota 19, reconoce ese carácter polémico.

[55] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad,* 1980, p. 112.

tanto a razones pragmáticas como de legitimación. Desde un punto de vista *legitimatorio*, porque en un Estado democrático ha de partirse de que el Derecho es un instrumento establecido por el autogobierno de los ciudadanos para la satisfacción y protección de sus intereses, por lo que, en la medida en que es creado por el consenso libremente expresado de los ciudadanos, sólo un orden jurídico cuya validez sea reconocida por los mismos será legitimo. Desde un punto de vista *pragmático*, porque todo sistema normativo democrático persigue el reconocimiento de sus normas y de sus consecuencias jurídicas como prescripciones y acciones racionales y razonables, y sólo cuando la actividad del Derecho penal armonice con las convicciones mantenidas sobre sus criterios rectores por la sociedad podrá consolidarse su aceptación y, por tanto, servir fructíferamente a los fines sociales a los que está llamado. En este sentido, podría afirmarse que la *estabilidad* del Derecho penal, es decir, el respeto a sus normas, dependerá en gran medida de su *legitimidad*, es decir, del libre reconocimiento de esa legitimidad por parte de sus destinatarios[56].

b) ¿*Compatibilidad entre prevención y culpabilidad*? *producción coyuntural de consenso vs. respeto al consenso*

Tales son, en esencia, los fundamentos en los que se sostiene el criterio de la *compatibilidad* del principio de la culpabilidad con la finalidad preventiva, el cual parece corresponderse, como ya se mencionó, con la faceta limitadora de la prevención general positiva resaltada por algunos autores[57]. Desde esta posición se rechaza que la culpabilidad se *fundamente* únicamente en las necesidades de prevención, sino que se parte de que la culpabilidad, así como los criterios garantísticos implícitos o adyacentes a ésta, estando conformados desde presupuestos deontológicos, no son incompatibles con

[56] La tesis citada, relativa a que en un derecho penal democrático *la estabilidad depende la legitimidad* recibe un mayor análisis en ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9), pp. 216 ss. Posteriormente reiteraremos esa idea.

[57] Además de Mir Puig, pueden citarse - según el primero (las referencias bibliográficas son, en cambio, otras) - a ZIPF, Pallin-FS (nota 28), pp. 479 ss. ; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990, 2ª edición, pp. 297 ss. ; el mismo, *Fines de la pena,* pp. 117 ss. (p. 132 ss.); ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke,* en: Schöch (editor), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 48; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 1997, 3ª edición, 2/27, 3/36 ss. No obstante, cabe dudarse de que estos autores asuman sólo una función limitadora de la prevención general positiva. Por un lado, prácticamente los tres admiten como fin legítimo la función ético-social, consistente en la internalización de los valores plasmados en las normas, fin que Mir Puig identifica con una concepción fundamentadora de la prevención general positiva (cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora* (nota 28), pp. 132 ss.). Por otro lado, en ocasiones oscilan entre el principio de culpabilidad como límite a la prevención y como correlato de la necesidad psico-social de estabilización.

las necesidades de prevención, por el hecho de que dichos criterios limitativos –proporcionalidad, principio de responsabilidad subjetiva, principio de humanidad, etc.– se corresponden con las valoraciones de justicia mantenidas en la sociedad[58] .

En este sentido, no parece mantenerse, como la anterior versión de la prevención general positiva, que la pena haya de imponerse siempre que sea preciso y en el grado necesario para satisfacer los sentimientos de justicia (venganza), sino que se sostiene, por un lado, que las penas que sobrepasen las convicciones de justicia no podrán ser asumidas por la sociedad, fomentándose por tanto el no reconocimiento del Derecho –así Roxin[59]– o, por otro, que si el efecto preventivo no sólo ha de realizarse a través de la intimidación, sino también por medio de una "razonable afirmación del Derecho", la prevención habrá de limitarse por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho –así Mir Puig [60]–.

Es debido a ese diferente punto de partida por lo que, a pesar de la semejanza terminológica con la versión fundamentadora de la prevención general positiva, esta comprensión parece acercarse más a las soluciones de *conflicto* que a las de síntesis. Aquí, en principio, ya no se sacrifican exigencias de justicia en aras de la satisfacción de los impulsos agresivos de la colectividad, sino que se parte de la tesis de que los principios garantísticos –no funcionalizados– obtenidos de la tradición filosófica liberal y explícita o implícitamente plasmados en los textos constitucionales, son los mantenidos por la sociedad en sus expectativas respecto a la actuación del poder punitivo estatal; y sólo a partir de esa tesis puede afirmarse el efecto preventivo de aceptación del ordenamiento. Lo acabado de afirmar se hace patente, por ejemplo, en la postura de Pérez Manzano, cercana a la de Mir en este punto, cuando pone de manifiesto que la puesta en práctica de criterios de prevención especial en la ejecución de la pena vendrá justificada en orden a la satisfacción de las exigencias sociales de justicia, ya que el hecho de que dicha función de la pena venga acogida por la Constitución española "puede ser interpretado como el resultado de un consenso sobre la necesidad de tener en cuenta la resocialización del delincuente"[61].

---

[58] ROXIN, AT (nota 57) , 3/47; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General,* 1996, 4ª edición, 3/21; FRISTER, *Die Struktur der voluntativen Schuldelement,* 1993, p. 80 ss.; NEUMANN, *Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention*, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (editores), *Positive Generalprävention,* 1998, p. 148.

[59] Vid. ROXIN AT (nota 57) 3/47; el mismo, *Wiedergutmachung* (nota 57), p. 48. Similar, MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS (nota 8), p. 818.

[60] MIR PUIG PG (nota 58) 3/21. Similar, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), pp. 288 ss.

[61] PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), p. 273-274.

Como puede apreciarse, poco tiene que ver la noción de justicia mantenida por estos autores con el basado en la estabilización social a partir de la satisfacción de necesidades irracionales de venganza. La referencia a la idea del *consenso* puede permitirnos profundizar en esa diferencia. Así, mientras la funcionalización de las garantías individuales sirve a la *producción* coyuntural de consenso social, fomentando una aceptación emocional a corto plazo por la población, esta última posición, de talante liberal, parece asumir principios *obtenidos* en un consenso previo, consenso no puntual sino genérico y normativo, y es esta premisa la que permite afirmar a estos autores que la atención a dichos principios operará en consonancia con las valoraciones mantenidas por la sociedad, motivando, en consecuencia, a un reconocimiento a largo plazo del Derecho y sus instrumentos.

En resumen, la diferencia se cifra entre la que media en la producción de consenso coyuntural y el respeto a un consenso previo en torno a principios, lo que implica, a su vez, una diferente atención a la *estabilidad* y la *legitimidad*. Así, la noción de consenso de que parte la concepción de la compatibilidad remite al principio democrático de creación de las normas y principios por el autogobierno de los ciudadanos[62], que se inserta, entonces, en el marco de la legitimidad, en cuanto es un criterio de legitimación del Derecho. Tal consenso previo es el que, respondiendo al modelo ideal del contrato social, aparece plasmado en la Constitución. En cuanto tal, la aplicación de la pena no puede pretender crear dicho consenso, sino que debe someterse el mismo. En cambio, la concepción de la fundamentación de la culpabilidad en la prevención acoge una noción plebiscitaria de consenso fáctico y coyuntural, que ha de generar la pena con su aplicación acomodada a esas necesidades de castigo, no estando basado, entonces, en presupuestos de aceptación racional sino de vinculación emotiva[63].

---

[62] Dicho principio democrático es el que por ejemplo manifiesta HABERMAS, *Facticidad y validez* (nota 10), p. 578: "Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que pueden contar con el asentimiento no forzado de todos".

[63] Como destaca KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 825, esa estabilización a través de mecanismos irracionales en absoluto presupone la aceptación racional de los ciudadanos. En similar sentido, FRISCH, *Positiven Generalprävention* (nota 37), p. 136. En este sentido, se ha afirmado que estas concepciones de la prevención general positiva, las cuales responden a la asunción como *deber ser*, es decir, como fin legítimo de la pena, de procesos irracionales de socialización colectiva, deberían permanecer, para ser efectivas, como "teorías secretas", puesto que los procedimientos empleados por las mismas no serían aceptados racionalmente por los ciudadanos (BOCK, ZStW 103 (1991), p. 653; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 268). Desde un principio democrático, debe resaltarse que una "política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez de a reforzar aún más la neurosis colectiva" (BÖLLINGER, *Generalprävention als sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissentschaftliche Begriffe* KrimJ 1, 1987, pp. 33 ss.).

Pues bien, sólo ese consenso previo y normativo –y no fáctico– es lo que otorgará el carácter deontológico de validez a los principios y normas acordados, no viendo su vigencia comprometida en función del 'estado cognitivo de justicia', por llamarlo de alguna forma, existente en la sociedad en un momento dado, perteneciente al ámbito fáctico. Siendo ello así, la idea mencionada de que la estabilidad depende de la legitimidad no se sostiene sobre datos empíricos, sino en la presunción normativa de que por lo general las acciones del poder punitivo que se acomoden a las pautas democráticamente acordadas serán reconocidas como legítimas por la sociedad[64]. Tal es la idea que plasma Rawls cuando postula que un orden justo tendería a la autorreproducción de su propia estabilidad[65]. Pero ello no implica que tal idea pueda ser tergiversada, buscando la estabilidad a corto plazo en aras de crear una producción maquiavélica de legitimidad, a través de las satisfacciones de las "necesidades irracionales de justicia" [66].

En virtud de esa presunción, cabría mantenerse que, si bien la punición sometida a las exigencias irracionales de venganza fomentaría a corto plazo una estabilidad coyuntural, a largo plazo degeneraría en inestabilidad, puesto que la imagen que la colectividad se formaría del *ius puniendi* sería la de un instrumento opresor y coactivo[67]. Por el contrario, es sólo en el sentido de justicia como presunción de estabilidad a largo plazo, como sería aceptable la tesis de la prevención general positiva de que la justicia ejerce un efecto

---

[64] Como, por ejemplo, afirma GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación,* AFD 1986, p. 174, "Si el fundamento del Derecho se sitúa en el reconocimiento y en el sometimiento libre al mismo por parte de hombres libres hay que concebir que toda norma general, del tipo que sea, ha de poder contar con el hipotético consenso de todos los sujetos". En sentido similar, KOLLER, Weinberger-FS (nota 17), p. 245.

[65] RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), pp. 548ss.; 306-307. Vid. también, WITTIG, *Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. Zwischen Gerechtigkeit Sinn und Strafe,* ZStW 107 (1995), pp. 256-257.

[66] Ello es patente, por ejemplo, en representantes de esa prevención limitadora como PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), p. 213: "El argumento conforme al cual la culpabilidad debe ser mantenida porque tiene efectos general integradores, no puede ser esgrimido como fundamental, pues entonces la culpabilidad carece de valor en sí y el criterio determinante son las mudables exigencias sociales. *La necesidad de mantener la culpabilidad es consecuencia de un argumento valorativo derivado de los principios del Estado de Derecho*"; en igual sentido, la misma autora, en: *Aportaciones de la prevención general positiva* (nota 35), p. 86: "la razón principal del mantenimiento de la culpabilidad como límite de la pena no es de tipo empírico-social, su efecto preventivo-integrador, sino un argumento de tipo valorativo, deducido de los principios básicos del Estado social de Derecho". También en MIR PUIG, *Función* (nota 7), p. 85. Sin embargo, no puede decirse lo mismo, como ya fue resaltado, de otros autores supuestamente vinculados a esta versión limitadora de la prevención general positiva. Como ejemplo, baste confrontar la crítica de la primera autora citada a las tesis de Hassemer (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), p. 207).

[67] Así, entre otros, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung* (nota 4), p. 134.

preventivo, tesis más plausible quizá en su vertiente negativa –que viene a ser la mantenida por la faceta limitadora de la prevención general positiva–, la cual afirma que una pena que resulte a todas luces injusta resultaría ser preventivamente contraproducente, puesto que minaría la confianza en el Derecho como un orden legítimo y sometido a principios de justicia[68].

A sensu contrario, es también indudable que el respeto a esos principios de justicia conformados en el consenso normativo podrá generar inestabilidad a corto plazo, al poder no ser aceptada la impunidad de un quien no estaba en situación de culpabilidad. Aquí es donde las diferencias entre la tesis fundamentadora y la basada en la compatibilidad deben llegar a diferentes resultados. Desde ésta última, siguiendo el acervo del liberalismo político de la prioridad de la libertad individual frente al bien común, la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio, por lo que el respeto al principio de culpabilidad ha de mantenerse aun a costa de la inestabilidad a corto plazo. En cambio, con dicha funcionalización de criterios de justicia, propia de las soluciones de síntesis, nos aproximamos a la concepción que de las relaciones entre individuo y colectivo mantiene el comunitarismo, en cuanto que la esfera de libertades individuales no se conforman *frente* al poder estatal o las necesidades de bien común del colectivo, sino *desde* esas necesidades. Además, la tergiversación de esos criterios de justicia en satisfacción de necesidades de castigo en aras del fomento de estabilidad coyuntural pervierte también el principio de *autonomía política* propio del liberalismo, del que parte el presupuesto democrático citado del autogobierno, en cuanto apela a procesos irracionales de adhesión. Una diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo es que en el primero, el mandato de la autonomía política exige que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, sea susceptible de reconocimiento por el acuerdo de todos los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que es preciso que el Derecho esté asentado en presupuestos susceptibles de una aceptación racional y que responda a los intereses de los ciudadanos[69]. Frente a esta exigencia democrática, aquellas concepciones que aspiran, a través del castigo, al fomento de un clima emocional de consenso frente al chivo expiatorio en que se convierte el delincuente, no son sino una "racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales"[70], lo que vulnera el principio de autonomía política, y pervierte la idea de un Derecho penal

[68]Así, por ejemplo, KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 832.

[69]Más ampliamente sobre ello, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9), pp. 160 ss.

[70]LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis* (nota 24), p. 153. Critico también con el fin de integración, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), p. 235

democrático, degenerando en un Derecho autoritario y tecnocrático. Con la exclusiva fundamentación preventiva del principio de culpabilidad, el ciudadano, sometido a las necesidades estratégicas de cohesión social, es privado de su autonomía, de su carácter de sujeto copartícipe en las relaciones jurídicas, y pasa a convertirse en objeto, en mero factor funcional de la prevención[71].

Debe quedar claro, en conclusión, que si se pretende una fundamentación sólida y vinculante del respeto a las garantías del individuo y no sólo a los intereses de la colectividad, las soluciones de síntesis no son viables. Respecto de si esas garantías de naturaleza deontológica son *compatibles* con los fines preventivos, a mi juicio es obligado reconocer que en muchos casos ello no será así, que la pena justa no ejercerá efectos preventivos, al menos en relación a la estabilidad a corto plazo[72]. Es decir, que debe asumirse el conflicto entre prevención y garantías[73]: ninguna teoría de la prevención general está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal[74]. En cualquier caso, lo que también han mostrado las anteriores consideraciones es que la única forma de armonizar prevención y culpabilidad pasa por el presupuesto de la autonomía política, basada en el mutuo reconocimiento como agentes socialmente competentes. Antes de intentar abordar esa propuesta, conviene que nos detengamos en la

---

[71] Así, especialmente, BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld,* en: Lüderssen/Sack, *Von Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht,* 1980, p. 121.

[72] En igual sentido, FRISCH, *Positiven Generalprävention* (nota 37), p. 137, poniendo el discutido ejemplo de los delincuentes impulsivos, y destacando que una teoría de la prevención general positiva que parta de las representaciones sociales de justicia de cara a la estabilidad a corto plazo tendrá que asumir que a veces habrá de castigar a pesar de la injusticia del castigo, por cuanto lo relevante es la prevención.

[73] así, entre otros, BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat* (nota 20), p. 112; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), p. 250: "Su relación es, por el contrario...dinámica, de confrontación permanente".

[74] Así, entre otros, ROXIN, *Sinn und Grenzen* (nota 10), p. 21: un "derecho de protección frente al Estado"; el mismo, AT (nota 57) 3/31; BURKHARDT, GA 1976, p. 322; STRATENWERTH, *El futuro* (nota 55), p. 112; BAURMANN, *Folgenorientierung* (nota 30), p. 50; el mismo, *Schuldlose dogmatik?* (nota 51), p. 211; HOERSTER, *Zur Begründung staatlichen Strafens,* Weinberger-FS, p. 231; KUNZ, ZStW 98 (1986), pp. 827-8, quien, después de destacar que "la prevención no puede inferir límites de sí misma", afirma que ese es *el* tema central de la actual discusión sobre las teorías de la pena: "la búsqueda de reglas normativas que puedan domesticar un Derecho penal preventivo desde un Estado de Derecho" ; KIM, *Zur Fragwürdigkeit* (nota 31), p. 122; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), p. 159; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), pp. 210 y 240: "La prevención...sea positiva o negativa 'no se limita a sí misma' "; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe* (nota 26), p. 15.

concepción de Jakobs, cuya evolución en materia de culpabilidad presenta una interesante aproximación a estos presupuestos mencionados.

d) *Del sistema social a la persona. Consideraciones sobre la concepción de Jakobs*

De sobra conocidas son las provocadoras tesis de Jakobs en esta materia, algunas de las cuales han sido ya mencionadas, situándolo dentro de las soluciones de síntesis. La tesis central de Jakobs es la de un concepto completamente *funcional* de culpabilidad: el fundamento y límites de la responsabilidad individual depende de la autoconfiguración de la sociedad; es decir, del consenso social acerca del derecho y la justicia; por tanto, se determina *en función* de la necesidad de estabilización del orden social[75]. Esa acentuación en la funcionalización de principios limitadores de la pena en virtud del sistema social ha generado toda una estela de valoraciones críticas sobre su postura que, en la línea de las objeciones realizadas habitualmente sobre la teoría de sistemas, han destacado la instrumentalización del individuo en aras del colectivo social, considerando a aquél, entonces, no en su subjetividad, sino como un mero "objeto", cuyos derechos y libertades se definirían en virtud de esas necesidades de estabilización del sistema[76]/[77].

En la medida en que Jakobs ha venido asumiendo los presupuestos funcionalistas de la teoría de sistemas[78], considero que se ha hecho merecidamente acreedor de esas críticas. Lo característico del funcionalismo sociológico –del de Durkheim o T. Parsons, pero también del Luhmann– es situar como referente central de decisión a la sociedad en detrimento del individuo[79], por

---

[75] Cfr. JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), pp. 384 s. Sobre esa caracterización, vid. GÜNTHER, *Freiheit und Schuld in der Theorie der Positive Generalprävention* Schünemann/von Hirsch/Jareborg (editores), *Positive Generalprävention,* 1998, pp. 156 ss.

[76] Críticas respecto a la postura de Jakobs en materia de culpabilidad se encuentran, entre otros lugares, en STRATENWERTH, *El futuro* (nota 55), pp. 112 ss.; KIM, *Fragwürdigkeit* (nota 31), pp. 96 ss ; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad* (nota 6), pp. 168 ss., pp. 174 ss. ; SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo,* en: Schünemann (compilador), *El Sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales,* 1991, p. 160 ; STÜBINGER, *Nicht ohne meine Schuld!,* KJ 1993, pp. 33 ss.; ROXIN, AT (nota 57) 19/31 ss.; HIRSCH, *El principio de culpabilidad y su función en Derecho penal,* NDP 1996, pp. 31 ss.

[77] Acerca de las críticas a la teoría de sistemas en ese aspecto, vid. ALCÁCER GUIRAO, *Facticidad y normatividad,* NDP 1998, pp. 402 ss., y la bibliografía allí citada.

[78] Ello de forma muy intensa en sus primeros escritos sobre culpabilidad: cfr. *Culpabilidad y prevención* (nota 18), p. 78 ss.

[79] En este sentido, por ejemplo, SCHELSKY, *Systemfunktionaler, antrhopologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie,* en: Maihofer (editor), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft,* Jahrbuch für Rechstsoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp. 54-56; KIM, *Zur Fragwürdigkeit* (nota 31), p. 24.

lo que la derivación de principios garantísticos – que operan, como ya se mencionó, como esferas de protección del individuo frente a necesidades colectivas – de ese referente llevará necesariamente a establecerlos en función de las necesidades de estabilización y, por ello, a que pierdan ese carácter de límites externos a la lógica preventiva. Como he puesto de manifiesto en otro lugar[80], característico de la *racionalidad sistémica* es que aporta un método de análisis basado exclusivamente en el criterio de la funcionalidad, por lo que la referencia a criterios deontológicos aparece como un elemento extraño a la lógica sistémica[81]. En efecto, si todo elemento del sistema es valorado en base a su funcionalidad para la estabilización del mismo, la *racionalidad valorativa,* caracterizada por ser un criterio de legitimación basado, como dijimos, en principios *independientes de la satisfacción de resultados*, no tiene cabida en la argumentación sistémica, sino que los principios éticos y las garantías limitativas obtendrán su vigencia –y su contenido– en tanto en cuanto sean funcionales al fin de la conservación del sistema. Como, en este sentido, se ha podido afirmar: "la *Wertrationalität* aparece como función de la *Zweckrationalität*"[82].

La influencia de Luhmann, muy presente en la primera aproximación de Jakobs a la controversia entre *Culpabilidad y prevención* (1976), ha venido, en cualquier caso, cediendo con la evolución de su pensamiento[83], dotando, en los últimos años, de mayor relevancia a una configuración *interpersonal* de la sociedad que a una *sistémica.* A mi entender, esa evolución vendrá modificar también el discurso acerca de la relación entre ambos polos del conflicto.

Jakobs parte del presupuesto de que en un sociedad democrática y pluralista –es decir, en una sociedad con un considerable grado de estabilidad–, la imagen del ciudadano como destinatario de las normas es la de una persona respetuosa del Derecho, por lo que de todos, *prima facie,* puede presuponerse una motivación fiel a las normas que regulan la convivencia, así como la

---

[80]Para un mayor desarrollo de lo afirmado en el texto, cfr. ALCÁCER GUIRAO, NDP 1998, pp. 402 ss.

[81] Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie,* Hamburgo, 1983 (2ª edición), pp. 259 ss., y p. 266, donde afirma que la idea de la legitimidad ha de entenderse funcionalmente, de forma que ya no puede concebirse como un criterio de justificación externo al sistema político, sino como una prestación del mismo. Cfr. , además, NAVAS*, Der Begriff der Moral bei Niklas Luhmann,* Jahrbuch für Recht und Ethik, I, 1993, pp. 303-304; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho,* en *Derecho y justicia,* Garzón Valdés/Laporta (edit.), Madrid, 1996, p. 462.

[82] Así, SILVA SÁNCHEZ*, Política criminal en la dogmática* (nota 3), p. 21. Similar, KIM, *Zur Fragwürdigkeit* (nota 31)*,* p. 25 y crítico en p. 29. Cfr. también NAVAS (nota , p. 304, resaltando el *Kontingentismus* de toda referencia a principios propio de la teoría de Luhmann.; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción,* Madrid, 1995, p. 383 .

[83] Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (nota 54)*,* 1996, p. 16.

competencia para mantener esa motivación. Desde esta premisa, la culpabilidad se define como la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante por quien es competente para ello[84].

Dicha competencia se define como la capacidad de cumplir con lo prescrito[85], e inversamente, como la capacidad para poner en cuestión la validez de la norma, siendo entonces sinónimo de la imputabilidad[86]. Lo determinante, entonces, para establecer las relaciones entre prevención y culpabilidad, es cómo se rellena de contenido ese concepto de competencia. Aquí es donde, a mi juicio, radican las diferencias en la evolución de sus planteamientos.

En un primer momento, en la obra citada, para Jakobs la noción de autonomía personal, presupuesto de la competencia, aparecía como un concepto sólo conformado en torno a las necesidades de estabilización del sistema: la autonomía, afirmaba entonces, "sólo es atribuida como capacidad si ello es adecuado a los fines, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de un procesamiento diferente del conflicto"[87]. En otras palabras, el ámbito de la competencia, esto es, de la imputabilidad, venía exclusivamente dado por la *funcionalidad para el sistema*. Con ello, al igual que otras soluciones de síntesis, los principios de justicia que conforman la culpabilidad, perdían su carácter de "barrera de protección" frente al poder estatal, al determinarse la capacidad de motivación en virtud de los fines preventivos de éste.

Un primer tránsito a esa comprensión *interpersonal*, y no sistémica, de la sociedad, se da cuando Jakobs introduce de forma clara el factor de la *igualdad* como requisito de la competencia[88]: "ser imputable quiere decir ser definido como un igual"[89]. En cualquier caso, ya hemos tenido ocasión de ver que la utilización de la igualdad como presupuesto de la aplicación de la pena no implica necesariamente un potencial limitador, por cuanto esa igualdad puede argumentarse, no sólo como un principio garantístico –al considerar *ilegítimo* castigar a quien no está en condiciones de igualdad motivatoria–, sino también desde un parámetro preventivo –el mencionado "proceso de identificación" de Gimbernat–.

En Jakobs, por su parte, podrán encontrarse ambas aproximaciones. Así, en un primer momento la igualdad será entendida por Jakobs como factor

---

[84] JAKOBS, AT (nota 38) 17/1 ss.; el mismo, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 367, 383; el mismo, *Sociedad, norma y persona* (nota 54), pp. 63-64.

[85] En este sentido, Jakobs asume la competencia como el equivalente del libre albedrío: cfr. JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 382.

[86] JAKOBS, AT (nota 38) 17/48.

[87] *Culpabilidad y prevención* (nota 18), p. 85.

[88] Ese aspecto es acentuado también por PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs* (nota 54), pp. 49 ss..

[89] JAKOBS, AT (nota 38), 17/48.

funcional a la prevención: "Dada una situación motivatoria igual en cuanto a su género en sus rasgos esenciales, la infracción de la norma por un sujeto ejemplifica la infracción de la norma de cualquier autor equiparable, y por ello constituye un ataque a la validez de la norma en relación con cualquiera"[90]. Así, los inimputables no quebrantarán la norma porque no serán considerados como iguales por el resto de los actores, pero, en dicha argumentación, la idea de la igualdad carece de un anclaje deontológico que proscriba el castigo de inimputables en caso de que fuera necesario. De igual modo, la calificación de inimputable dependerá de instancias de decisión preventivas.

Es en su contribución posterior sobre *El principio de culpabilidad* (1993) cuando Jakobs parece dar un paso más en relación con la igualdad como principio. Sólo quienes pueden considerarse como iguales de cara a la motivación por normas pueden ser sujetos competentes de comunicación de cara a la vigencia de la norma: la competencia es una mutua imputación como personas responsables. Por esa razón, sólo la pena que trate al autor como persona –y no como naturaleza– se situará también en el mundo de lo comunicativamente relevante, como réplica con sentido al delito. "En el hecho de que es tratado como una persona, esto es, de que se le reconoce como un igual, "se honra al delincuente como ser racional", afirma Jakobs acogiendo el clásico aforismo de Hegel[91]/[92].

---

[90] JAKOBS, AT (nota 38), 17/48.

[91] JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 388.

[92] Creo indudable concluir que ya con esa afirmación pueden hallarse referentes de valor. No obstante, Jakobs introduce esas consideraciones dentro de un marco metodológico descriptivo, entendiendo que sólo se limita a describir "las condiciones de funcionamiento de toda sociedad", independientemente de la legitimidad del orden jurídico (vid. JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 387). Por ello, afirma, su formulación de la culpabilidad es "formal", y "no tiene más peso que el valor del orden que se pretende estabilizar" (JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 384 Frente a esa culpabilidad formal, habría que distinguir, entonces, una "culpabilidad material", la cual "presupone normas legítimas" (JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 386). Siendo así, la noción de persona, en cuanto que esa una concepción abstracta y normativa, podría rellenarse de diferente contenido, es decir, de un mayor o menor ámbito de derechos frente a la colectividad. Lo determinante será, entonces, concretar cuáles han de ser los criterios de legitimidad del orden jurídico, cuestión que Jakobs no entra a responder. Ello abre, ciertamente, todo un campo de análisis que excede de lo que estas páginas pueden abarcar. Por lo demás, esa opción metodológica "descriptivo-analítica" (propia de la teoría de sistemas) es resaltada también por MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz,* 1994, p. 238 ("la teoría de la prevención general positiva ... es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad"), p. 142 (: "La teoría de la prevención general positiva es un concepto positivista: presupone el Derecho y la forma de la sociedad , en el sentido de que son éstos los que determinan el contenido y el ámbito del Derecho penal"). Sobre si una metodología descriptiva es adecuada para el objeto al que pretende aplicarse: el Derecho penal, cfr. ALCÁCER GUIRAO, NDP 1998, pp. 420 ss., respondiendo negativamente.

Además, con relación a la utilización de mecanismos irracionales de adhesión, y la consiguiente vulneración de la autonomía política, Jakobs se manifiesta abiertamente en contra, y no por razones preventivas: "la dignidad humana, si tiene un contenido mínimo, es desde luego incompatible con la prohibición de aclarar la lógica de la comunicación"[93].

Pero ha sido en los últimos años cuando Jakobs ha enfatizado la imagen de la sociedad desde una perspectiva interpersonal, antes que sistémica. "La interpretación del delincuente como una persona que, como igual, expresa un sentido que tiene validez general y se ve contradicho con la pena, está vinculada a una concepción (...) en que la sociedad no aparece, o no sólo, como *comunicación instrumental*, sino también como comunicación que reconoce": como *comunicación personal*[94]. ¿En qué consisten las diferencias entre ambas formas de comunicación? La comunicación instrumental es la orientada a perseguir fines, en la cual el otro es mero "objeto de cálculo estratégico"; en cambio, en la comunicación personal se trata al otro como igual, en virtud de un mutuo reconocimiento como personas autónomas, dotadas de competencia de discurso. Y es sólo esta comunicación personal la que permite crear un orden normativo externo a las preferencias individuales, que establecerá las reglas de la convivencia a las que todos tienen que someterse[95].

Con dicha comprensión de lo social, el principio de igualdad como presupuesto de la culpabilidad parece venir a adquirir un perfil deontológico, independiente de la satisfacción de fines preventivos, por cuanto ya no está generado desde las necesidades del colectivo, no siendo entonces susceptible de ser sometido a ese cálculo estratégico, sino que está anclado en un proceso de decisión intersubjetivo sometido a condiciones de imparcialidad, del que emanará una regla que vinculará a todos por igual. El principio de igualdad forma parte, entonces, de ese consenso normativo previo acerca de los principios esenciales de la convivencia: normas y principios de aplicación de las mismas. Desde esta perspectiva, la idea de base de que la culpabilidad debe conformarse en función del fin de reafirmación de la identidad normativa de la sociedad, no tendría por qué limitar la construcción de la culpabilidad desde los fines preventivos, sino que, desde un plano más genérico, en esa identidad normativa estarían ya incluidos esos principios

[93] JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (nota 18), p. 388. Ello ya figuraba, aunque con menor énfasis, en AT (nota 38) 17/48.

[94] JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (nota 54), p. 69.

[95] JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (nota 54), p. 70 y ss. Sobre las diferencias entre ambas formas de relación social, cfr. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa,* I, 2001, 2ª edición, pp. 136 ss.

de justicia. Expresado de otra forma, en esa identidad normativa estaría ya plasmado el conflicto entre prevención y garantías, por lo que la aplicación de la pena, si quiere venir a reafirmar esa identidad, debería llegar a un equilibrio entre prevención y garantías[96].

III. La culpabilidad en un Derecho penal democrático

1. *Culpabilidad y prevención: el doble fin del Derecho penal*

Con esa última concepción manifestada por Jakobs, su sistema adopta los perfiles propios de un Estado liberal y democrático[97]. Característico de la legitimación de instituciones públicas de una concepción liberal y democrática es, como ya hemos visto, que esas instituciones respondan a los intereses de los ciudadanos, en virtud de un acuerdo realizado en condiciones de igualdad e imparcialidad que represente las aspiraciones de todos los ciudadanos, tal como plasma la imagen del contrato social[98]. Bajo ese criterio de legitimación late una exigencia previa, que es la que Jakobs plasma con la noción de la comunicación personal: el mutuo reconocimiento de todos los coasociados como sujetos libres y dotados de una capacidad reflexiva, así como de una situación de igualdad de cara a ver representados sus intereses en los acuerdos[99].

En un Derecho penal basado en la comunicación interpersonal, entonces, la legitimación de la pena –de sus fines y de sus criterios de aplicación– no se establece "desde arriba", es decir, desde la prioridad de intereses del colectivo frente a la libertad individual (propio de esa comunicación estratégica, desde la que el individuo es introducido como objeto de un cálculo de necesidades sociales), sino "desde abajo": del acuerdo interpersonal de todos los ciudadanos bajo condiciones de equidad[100]. Ese cambio de pers-

---

[96] Ello parece entenderse así por JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (nota 54), p. 66, nota 52.

[97] Así, GÜNTHER, *Freiheit und Schuld* (nota 75), p. 169.

[98] Cfr. por todos RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), pp. 28, 75, y *passim.*

[99] Vid., en este sentido, KUNZ, ZStW 98 (1986), pp. 833-834; HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, p. 267; KINDHÄUSER, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho,* en: Kindhäuser, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa,* 1996, pp. 36-38, 43.

[100] Una idea similar expresa Maihofer. Ya fue mencionado que el utilitarismo está basado en una racionalidad *teleológica,* caracterizada por derivar el juicio sobre la corrección de una acción en función de la satisfacción del mayor bien para el mayor número; frente a ello, en el liberalismo la fundamentación de principios y normas responde a un carácter *deontológico*, a partir de ese acuerdo intersubjetivo basado en la razón práctica de los individuos y de carácter vinculante (independiente de la búsqueda de resultados preventivos). Ello guarda relación con los dos criterios de legitimación que vimos en la introducción, la legitimidad instrumental y la legitimación valorativa, en el sentido de que, como afirma Maihofer, mientras la racionalidad instrumental responde a una perspectiva decisoria subjetiva - ya de carácter individual,

pectiva conlleva, de una parte, que la pena y su imposición debe poder ser legitimada no sólo frente a la sociedad en su conjunto –como víctima potencial del delito–, sino también frente a los sujetos a quienes se le impone, en el sentido de que también frente a ellos aparezca como una medida necesaria, razonable y legítima[101], lo cual sólo podrá darse cuando todos los implicados en el proceso de comunicación –potenciales víctimas y potenciales delincuentes– asuman la pena y su aplicación como emanada de un acuerdo realizado en condiciones de imparcialidad, porque sólo entonces responderá a los intereses de todos los implicados[102]. Sólo de esa forma, en suma, se reconoce a la persona inmersa en el castigo como ciudadano, es decir, como *sujeto* de comunicación interpersonal, y no como mero objeto de comunicación estratégica.

Desde estos presupuestos ideológicos, la prevención no puede ser el único criterio legitimador del *ius puniendi*, porque entonces sólo se atenderían a los intereses de las potenciales víctimas, sino que junto a la misma debe concurrir un fundamento de legitimidad independiente– ajeno a esa lógica preventiva[103] –basado en la *protección de la libertad del delincuente frente al poder estatal*[104]. Dicha fundamentación, que consagrará la validez

---

ya colectiva, como es el caso de la sanción penal -, la racionalidad valorativa viene dada por una perspectiva decisoria *intersubjetiva*. Cfr. MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts* (nota 3), p. 27. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal* (nota 3), pp. 21-22. Vid. asimismo, en general, sobre la fundamentación intersubjetiva de valores, por oposición a una concepción ontológica de los mismos, HOERSTER, *Rechtsethik ohne Metaphysik* ,JZ 1982, pp. 265 ss.

[101] Así, SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad* (nota 76), pp. 160-161: "La pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano (...) aparezca como una medida justa y defendible también frente a él"; NEUMANN, *Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention* (nota 58), p. 150.

[102] NEUMANN, *Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention* (nota 58), p. 152.

[103] Así, BURKHARDT, GA 1976, p. 335; SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad* (nota 76), p. 162; KUHLEN, *Anmerkungen zur positiven Generalprävention,* en: Schünemann /von Hirsch/Jareborg (editores), *Positive Generalprävention,* 1998, p. 59.

[104] En este sentido, también BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?* (nota 51), p. 210: "La única y exclusiva persecución de fines preventivos a través de las instituciones jurídicas llevaría inevitablemente a la intolerable vulneración de otros fines sociales: el daño que causaría el criterio de instrumentalización de los medios dirigidos a la efectividad político-criminal, sería mucho más gravoso que su beneficio. El bien jurídico precisa, desde esta perspectiva, de una doble protección: '*a través* del Derecho penal y *frente* al Derecho penal, cuya aplicación excesiva llevaría a la situación que pretende evitar", citando a Roxin. En sentido similar, KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 829, quien resalta que el único criterio para encontrar límites firmes a la prevención es partir del hecho de que la prevención no puede ser el único fundamento normativo de la pena. Críticos también con un Derecho penal orientado únicamente a la efectividad preventiva, dada la supeditación a la misma de garantías individuales, CALLIES, NWJ 1989, p. 1339; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe* (nota 26), p. 15; HASSEMER/MUÑOZ CON-

de las garantías y en particular del principio de culpabilidad, operará como *límite* en el ámbito de la teoría del fin de la pena y, por tanto, en relación de conflicto con los fines de prevención, pero, adelanto ya, habrá de considerarse además como un fin propio del Derecho penal, junto a la protección de bienes jurídicos. Como se ha afirmado: "si el Derecho penal sirve a la protección del individuo frente al poder estatal y de la sociedad frente a los ataques individuales, es necesario intentar un equilibrio entre lo favorable al reo y lo favorable a la sociedad" [105].

La posible coexistencia de dos fines contrapuestos del Derecho penal parece responder, en realidad, a una plausible reconstrucción de lo que se acordaría por la sociedad, como grupo de individuos racionales que se reconocen mutuamente capacidad de comunicación social[106]; es decir, lo que habría de considerarse legítimo desde presupuestos liberales y democráticos. Indudablemente, la tensión entre prevención y garantías viene debida a que cada opción representa los intereses contrapuestos que diferentes grupos sociales tendrían respecto de la labor del Derecho penal. Por un lado, para el interés de las víctimas potenciales, generalmente respetuosos del Derecho, lo *racional* sería un Derecho penal orientado hacia una prevención lo más eficaz posible, que protegiera, al precio que fuera, sus intereses de los ataques de terceras personas. Por el contrario, para el grupo representado por

---

DE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal,* 1989*,* p. 137; BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat* (nota 20), p. 135; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2)*,* pp. 241 HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano* (nota 46), pp. 183 ss., *passim*.

[105] PÉREZ MANZANO *Aportaciones de la prevención general positiva* (nota 35), p. 88; la misma, *Culpabilidad* (nota 6)*,* p. 292. dicha idea dista mucho de ser novedosa: cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2)*,* pp. 241 ss., quien atribuye al Derecho penal el "fin de reducción de la propia violencia estatal"; BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?* (nota 51)*,* p. 255; CALLIES, NJW 1989, pp. 1338 ss.; HASSEMER, *Einführung* (nota 57), p. 326; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción* (nota 104), p. 137; FROMMEL, Schüler-Springorum-FS (nota 26), p. 274, siguiendo a Hassemer. Cfr. asimismo ROXIN, AT (nota 57), 7/69, quien afirma que "la limitación jurídica de la violencia estatal es, por sí mismo, un fin de una política criminal propia de un Estado de Derecho"; o MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima*, en: Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994, p. 151: "Ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria - inevitable - para la protección del mismo ciudadano. (Tras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado)."

[106] Sobre las consideraciones siguientes, además del ya expuesto método de decisión del contrato social rawlsiano, puede cfr. HOERSTER, Weinberger-FS (nota 74), pp. 233 ss., y especialmente BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat* (nota 20)*,* pp. 111, quienes, en términos similares a los aquí empleados, desarrollan esa perspectiva intersubjetiva en relación al tema que nos ocupa. Por otra parte, la concepción de Silva Sánchez, si bien es planteada desde otros términos, coincide sustancialmente, en este punto, con los presupuestos de un contrato social, tal y como él mismo destaca (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación,* p. 186).

potenciales delincuentes, lo más *racional* sería en realidad la inexistencia de un Derecho penal, para evitar la limitación de sus intereses por parte del Estado; o, dado el presupuesto de la existencia de un *ius puniendi*, lo racional será en todo caso, la reducción al mínimo de su aspecto coactivo. Pero, tal y como expresa Rawls en su modelo de contrato social, presupuesto para la posibilidad de un diálogo y de arribar a un acuerdo sobre las instituciones que han de regir la convivencia pública es la facultad de lo *razonable*, la cual implica la tendencia a la cooperación basada en acuerdos que representaran los intereses de todos los implicados, cooperación que sólo puede realizarse por medio de sacrificar un ámbito de la libertad y los intereses propios en aras de un orden estable que garantice la libertad de todos. Y para establecer el marco de imparcialidad en la decisión, sabido es que en la posición original rawlsiana los coasociados deben decidir tras un *velo de ignorancia*, que, en aras de la imparcialidad en la decisión, oculta a los individuos la situación que de facto ocuparán en la sociedad[107]. Respecto al acuerdo sobre los fines y garantías en Derecho penal, ello conllevará que quienes toman parte en la decisión desconocerán, desde la "posición original", si, una vez levantado el velo de ignorancia, serán potenciales delincuentes o ciudadanos respetuosos del Derecho. Por ello, todo participante en el pacto habrá de ponderar su decisión asumiendo que podría ser tanto víctima de acciones delictivas como verse sumido en el mecanismo coactivo del Derecho penal, por lo que lo racional de su decisión individual, es decir, la forma en que haya de obtener el mayor interés, habrá de estar regida por una ponderación de la racionalidad de ambos roles: el interés por una máxima prevención y el interés por un máximo de garantías[108]. De esta forma, lo *razonable* sería el establecimiento de un Derecho penal que sirviera tanto al fin de prevención de acciones lesivas por parte de terceras personas como al fin de protección de la libertad del ciudadano frente al poder coactivo del Estado. Dado el fin de protección preventiva, los ciudadanos acordarían el establecimiento de sanciones útiles en aras de ese fin, así como el sometimiento a la imposición de la sanción en caso de vulneración de las normas por todos consensuadas[109]. No obstante, para

[107] RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), pp. 29 y 165-166.

[108] En similar sentido, HOERSTER, Weinberger-FS (nota 74), p. 235; BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat* (nota 20), pp. 115 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), p. 186.

[109] A estos presupuestos liberales responde, por ejemplo, la "teoría consensual de la pena" desarrollada por Nino, con el fin de compatibilizar la fundamentación utilitarista con el respeto a los límites en la distribución de la pena propio de la retribución. Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (nota 13), pp. 431 ss; el mismo, *Los límites de la responsabilidad penal,* 1980, pp. 218 ss., cuyas premisas ya estaban, en cualquier caso, presentes en Feuerbach, influenciado por las concepciones kantianas (cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe,* 1980., p. 35).

llevar a cabo este fin, los ciudadanos acordarían entonces el establecimiento de unos principios garantísticos –culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, etc.– a los cuales habría de acomodarse la labor del aparato coactivo para ser reconocido como un orden legítimo, y que no podrían ser instrumentalizados en aras de fines preventivos, puesto que ello vulneraría las condiciones de razonabilidad y ponderación de intereses contrapuestos en que se basa el acuerdo[110]. Tal y como se dijo respecto de la relación entre la racionalidad instrumental y la racionalidad valorativa, ello implica que la prevención sólo podrá maximizarse dentro del ámbito de respeto a esos principios vinculantes para el Estado, en aras del fin que compete al mismo de satisfacción de ambas líneas de intereses, que en realidad no son otros que las que todo ciudadano racional interesado en su propia libertad tendría.

En suma, en un Derecho penal democrático "la misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos...sino también en limitar el poder punitivo del Estado...trazando, a partir de principios generales de rango incluido constitucional, unas "reglas de juego" a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse"[111].

2. *La culpabilidad como reproche por un uso defectuoso de la libertad*

Hasta el momento, la culpabilidad ha venido siendo entendida como un principio limitador a la racionalidad preventiva. No obstante, la idea de la culpabilidad no debe entenderse sólo como límite, sino como *fundamento* de la sanción penal. Un orden social democrático, basado en la comunicación personal, no debe prescindir de la idea de la culpabilidad, por cuanto en el

---

[110] En relación a los criterios de autointerés racional bajo los que se llegaría a la fundamentación de dichos principios - sobre lo que no entraremos - puede cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung* (nota 30), pp. 53 ss. (especialmente p. 62), quien viene a servirse de la regla *maximin* empleada por Rawls en su 'principio de la diferencia' (cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia* (nota 10), p. 97 ss. y 181 ss.) - consistente, por decirlo así, en *maxi*mizar desde el *mín*imo: en optar por la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas -, para fundamentar el principio de responsabilidad, entendiendo que "un Derecho penal sin principio de responsabilidad sólo sería legítimo cuando los más perjudicados por ese Derecho penal pudieran mejorar la suma de beneficio individual con la introducción de ese Derecho penal" (p. 62), llegando, tras numerosas y complejas operaciones, a la conclusión de que los más perjudicados por ese Derecho penal - que serían los no responsables sometidos a castigo - verían de hecho disminuido su beneficio personal, por lo que sólo un Derecho penal con un principio de responsabilidad sería aceptado por todos. También, con menor complejidad y detalle, BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?* (nota 51), p. 255; NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (nota 13), p. 432; HOERSTER, Weinberger-FS (nota 74), pp. 236 ss.; KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung,* GA 1989, p. 498; BAURMANN, *Strafe im Rechtstaat* (nota 20), pp. 131 ss.

[111] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción* (nota 104), p. 137.

núcleo de su conformación teórica e ideológica se halla la idea de la *responsabilidad personal*, como correlato de la libertad individual.

Como ya hemos mencionado, lo característico de un orden social democrático es que está conformado a partir de la comunicación personal. Frente a la comunicación estratégica, que toma en consideración al otro de manera *objetiva* –esto es, como objeto de cálculo para la obtención de sus intereses de sus intereses–, la comunicación personal, en tanto orientada al acuerdo, asume al otro como un *igual*, en el que, por tanto, reconoce un mismo marco de competencia comunicativa y de autonomía, por cuanto sólo frente a un igual cabe establecer acuerdos[112]. En otras palabras, los ciudadanos no se interrelacionan desde el papel de meros observadores, sino desde el de participantes competentes en los procesos de intercambio social, capaces, entonces, de organizar racionalmente su propio ámbito de libertad y, por ello, de ser *responsables acerca del uso de esa libertad*[113].

Ese mutuo reconocimiento de la autonomía comunicativa implica que las normas que regularán la convivencia serán fruto del acuerdo intersubjetivo, y que responderán, por tanto, a los intereses de todas las partes, por lo que los ciudadanos reconocerán en el orden jurídico un orden legítimo y vinculante[114]. Por ello, los ciudadanos se reconocen mutuamente como ciudadanos respetuosos de esas normas, en cuanto asumen que sólo el respeto generalizado de las mismas maximizará la estabilidad social y, con ello, su libertad[115]. Asimismo, el Estado ha de contemplar a los destinatarios de las normas como personas responsables de organizar su libertad[116] La vulneración de la norma constituye, entonces, una defraudación de las expectativas que todos tienen sobre los demás acerca de su respeto, pero esa defraudación sólo tiene lugar cuando ha sido realizada por quien es considerado como comunicativamente competente: sólo quien es reconocido como un igual, a efectos de la adscripción de esa competencia comunicativa, podrá ser considerado sujeto responsable por el uso defectuoso de su libertad, consistente en la vulneración del acuerdo intersubjetivo, porque sólo quien es considerado como igual ha sido sujeto de decisión en ese acuerdo.

En un orden social así conformado, la adscripción de culpabilidad conlleva un reproche o censura por lo realizado, reproche que, indudablemente,

---

[112] Cfr. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa* (nota 95), pp. 136 ss.

[113] KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 833-834; KINDHÄUSER, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho* (nota 99), p. 37-38; HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, p. 267.

[114] Cfr., en este sentido, HABERMAS, *Facticidad y validez,* p. 578.

[115] KINDHÄUSER, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho* (nota 99), p. 43; ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal* (nota 9), pp. 222 ss.

[116] HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, p. 267.

incorpora un juicio de desvalor[117]; pero esa censura desvalorativa sólo puede imputarse a quien es reconocido como responsable de la organización de su autonomía, a quien, en otros términos, es considerado como comunicativamente competente[118]. Esa conclusión, además, se corresponde con nuestra intuiciones morales cuando asignamos responsabilidad, tal y como ha mostrado Strawson[119]. Afirma este autor que en nuestras relaciones intepersonales podemos ostentar frente al otro dos clases de actitudes: una actitud participativa y una actitud objetiva. La actitud objetiva consiste en asumirlo "como un objeto de táctica social, como sujeto a lo que, en un sentido muy amplio, cabe llamar tratamiento", como alguien, en suma, con quien no puede *dialogarse,* por no ser considerado como un igual en las relaciones de intercambio social y, por ello, frente a quien no cabe *reaccionar* con actitudes morales, por cuanto no se pueden albergar expectativas morales de conducta[120]. Es sólo con quienes mantenemos una actitud participativa con quienes podemos establecer un diálogo, requisito para lo cual es – como ya vimos con la comunicación personal – reconocer en el otro una situación de igualdad y libertad, y frente a quienes mantenemos actitudes reactivas de reproche y censura, porque sólo con quienes mantenemos esa actitud dialógica es a quienes atribuimos *responsabilidad*[121]. El presupuesto de que la responsabilidad sólo puede atribuirse a quien consideramos capaz de establecer una comunicación personal como un igual yace ya en la misma etimología del término: *respondere*; responsable es aquel que puede *responder* de sus actos, de justificarlo con razones –y no con excusas–. En el intercambio social, partimos de una actitud participativa con el resto, pero puede haber casos en los que la situación nos lleve a modificar esa actitud y a adoptar una actitud objetiva: situaciones en las cuales quien ha realizado una acción contraria a una norma se halla en una situación de desigualdad de cara a atender el mensaje comunicativo que la norma expresa –básicamente por defectos psíquicos–; dichos casos, afirma Strawson, "invitan a suspender nuestras actitudes reactivas habituales hacia el agente (...) No nos invitan a ver la acción del agente de un modo que sea consistente con la plena retención de

---

[117] KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 835-836; HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, pp. 270 ss.

[118] Como afirman HÖRNLE/von HIRSCH, GA 1995, p. 272, "el fundamento para la atribución de ese desvalor radica en el reconocimiento de la persona como agente con capacidad de autodeterminación moral".

[119] Ello es citado en similar sentido también por BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld* (nota 71), pp. 118 ss.

[120] STRAWSON, *Libertad y resentimiento,* en: Strawson, *Libertad y resentimiento,* 1995, pp. 46 s.

[121] Así, BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld* (nota 71), p. 119, citando a Habermas.

las actitudes interpersonales habituales y meramente inconsistente con una actitud particular. Invitan a ver al agente mismo bajo una luz diferente de aquella a la que normalmente veríamos a quien ha actuado como él lo ha hecho"[122]. Todo ello puede resumirse con los términos de Jakobs: el inimputable no profiere comunicación con sentido penalmente relevante, por lo que su acción es considerada como naturaleza: objetivamente[123].

Desde esos presupuestos, puede concluirse que para determinar la culpabilidad no puede atenderse sólo al parámetro de la necesidad social de reafirmación de la vigencia de las normas, porque estaríamos acogiendo una actitud meramente objetiva con respecto a quien se impone la pena[124], sino que la atribución de responsabilidad debe partir de, por decirlo así, las condiciones que permiten la interacción comunicativa, esto es, los factores *individuales* que permiten atribuir esa competencia y establecer el marco de igualdad frente a las posibilidades de acceso al mensaje normativo[125].

Todo ello no implica negar carácter *funcional* a la culpabilidad, si bien no en el mismo sentido que se entiende por parte de la doctrina. Pueden encontrarse dos razones para asignar a la culpabilidad como un elemento funcional a los fines de estabilidad de las normas jurídicas en la sociedad.

En primer lugar, porque la atribución de responsabilidad sólo ha de establecerse *cuando ello es necesario*. Así, la concepción funcional de la culpabilidad puede admitirse en su sentido negativo: *nulla culpa sine necessitate*. Si no es necesaria una redacción ante un hecho –por cuanto no posee carácter desestabilizador– no será preciso asignar responsabilidad. Ahora

---

[122] STRAWSON, *Libertad y resentimiento* (nota 121), pp. 45-46. El mismo JAKOBS, *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos,* en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal,* 1997, p. 130, parte de muy similares presupuestos, cuando sostiene que frente a inimputables "no resulta necesaria respuesta alguna cuando la toma de posición proviene de una instancia que no es competente para interpretar las normas de convivencia (...) Se hace así referencia a personas cuya conducta puede ser explicada sólo a través de un parámetro objetivo, y en las que la falta de modulación de dicho parámetro también está condicionada objetivamente".

[123] Vid., en similar sentido, desde una perspectiva ética, BRIESKORN, *Verantwortungsstrukturen in sozialethischer Sicht,* en: Neumann/Schulz (editores), *Verantwortung in Recht und Moral,* ARSP número especial 74, 2000, p. 199: la consideración de alguien como mero causante de una acción y no como responsable, implica tomarle como mero elemento de la naturaleza y no como ser libre.

[124] BURKHARDT, *Charaktermangel und Charakterschuld* (nota 71), p. 121.

[125] Afirma, así, KINDHÄUSER, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho* (nota 99), p. 29, nota 26: "para el anclamiento de la culpa en la "comunicación personal", la cual se basa en relaciones recíprocas de reconocimiento, no se pueden combinar ni una consideración funcional puramente externa del concepto de culpa, ni la desatención de los constituyentes psíquicos al concepto de persona".

bien, ello no permite su formulación en sentido positivo, entendiendo que siempre que sea necesaria la pena habrá de imputarse responsabilidad.

En segundo lugar, porque, como un argumento derivado del principio democrático y de la autonomía política del ciudadano, sólo la imposición de una pena de acuerdo con las exigencias de justicia intersubjetivamente reconocidas conllevará la aceptación del ordenamiento como un orden justo. Ahora bien, como ya afirmamos con anterioridad, ello no debe entenderse como la producción coyuntural de u consenso en virtud de la consecución de las necesidades de castigo de la oblación. En otras palabras, la afirmación de que "*sólo la pena justa será una pena útil*" no significa lo mismo que la afirmación de que "*sólo una pena útil será una pena justa*". La primera es un postulado del ámbito de la *legitimidad*, en la que la variable principal es la de la justicia; la segunda es un postulado basado exclusivamente en la *estabilidad*, en el que la variable esencial es la utilidad. Y ambos planos no deben confundirse: la prevención siempre estará al servicio de la justicia, y no la justicia al servicio de la prevención[126].

En conclusión, la culpabilidad no puede configurarse exclusivamente desde la prevención, sino que ha de responder siempre a una ponderación sintética de las dos direcciones enfrentadas: necesidad preventiva y garantía individual limitadora[127].

---

[126] En sentido similar, NEUMANN, *Neue entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit,* ZStW 99 (1987), p. 592.

[127] En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 2), pp. 393 ss.

CIUDADANÍA Y DEFINICIONES

Antonio-Enrique Pérez Luño
Universidad de Sevilla

1. Planteamiento

Uno de los principales retos de la actual teoría de las libertades consiste en precisar el significado y alcance de la noción de ciudadanía, para que, una vez clarificado este término, pueda acometerse la tarea de hacer efectivas las garantías jurídicas y políticas que de ese concepto se desprenden. Este capítulo tiene por objeto avanzar algunas reflexiones tendentes a discernir esa problemática. En aras de ese propósito, tratará de precisar, dentro de los usos lingüísticos de la expresión "ciudadanía", aquél que se estima más pertinente para la teoría de los derechos fundamentales; se hará eco de los motivos más invocados por quienes han planteado la crisis de la ciudadanía en las sociedades democráticas; y, por último, tratará de justificar la persistencia del concepto de ciudadanía como marco de referencia para la participación democrática en los procesos jurídicos y políticos de los Estados de derecho.

2. Para un mapa lingüístico de la ciudadanía: sus acepciones lexicales

No deja de ser paradójico que la noción de ciudadanía, uno de los ejes en torno al cual se gestó la concepción moderna de las libertades en el siglo XVIII, constituya hoy, cuando se inicia el siglo XXI, una de las categorías más asidua y ubicuamente invocadas en la esfera de los derechos fundamentales. En el lenguaje jurídico y político del presente, se alude de forma constante y, en muchas ocasiones con significación diversa, al término "ciudadanía". Conviene no dejar esta noción a la intemperie, sin abrigo de aclaraciones, expuesta a contraer las significaciones más arbitrarias y confusas.

Es tarea insoslayable de la teoría de los derechos fundamentales del presente urbanizar esa jungla de sentidos, distintos y hasta opuestos, de la "expresión" ciudadanía, para evitar que la misma quede ofuscada y borrosa. Para ese propósito clarificador resulta oportuno partir de una relación de los principales significados de uso del término "ciudadanía". Se trata de esbozar una especie de mapa lingüístico que reseñe algunos de los contextos básicos

en los que dicha expresión es asiduamente invocada. Para ello, convendrá recurrir a lo que, en el seno de las teorías analítico-lingüística, se denominan *definiciones lexicales*. Este tipo de definiciones describen usos lingüísticos y significados de los términos, a partir de cómo se comprueban en la praxis lingüística efectiva de las personas individuales y los grupos (cfr. Pérez Luño,1997, 30 ss id.; 2002, 49ss.).

En función de esas premisas lexicales se pueden consignar, entre otros, los siguientes usos lingüísticos del término "ciudadanía":

2.1. Descriptivo / prescriptivo

En determinadas ocasiones, el término "ciudadanía"se utiliza en sentido *descriptivo.* Ese es su significado más frecuente en la teoría jurídica iuspublicista. Para los estudiosos del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, la ciudadanía se traduce en un conjunto de normas que regulan el *status* jurídico-político de los ciudadanos. Se trata, por tanto, de una categoría o institución que dimana del derecho positivo estatal y cuya definición se elabora a partir del análisis empírico y de la exégesis de ese sector normativo del ordenamiento jurídico.

Como ejemplo notorio de esta acepción del significado de la ciudadanía, cabe aludir al Discurso pronunciado por Rudolf Smend en la Universidad de Berlín en 1933 sobre *Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán*. En esa disertación Smend expone, con lucidez y rigor impecables, el sentido y alcance de la condición de ciudadano que se desprende de las normas de la Constitución de Weimar, en una etapa en que comienzan a percibirse las amenazas de lo que poco después se traduciría en la ominosa experiencia política del nazismo (Smend, 1985).

Por contra, en la filosofía moral y política abundan las concepciones *prescriptivas* de la ciudadanía. En ellas, esta noción reviste el significado deontológico y contrafáctico de un modelo ideal de status que debiera reconocerse a los miembros de la sociedad política. Este es el significado que puede atribuirse, por ejemplo, a la propuesta de una "ciudadanía diferenciada" formulada por el profesor Will Kymlicka (1996).

2.2. Teórico / pragmático

El uso *teórico* de la noción de ciudadanía se ha plasmado en un amplio panorama bibliográfico del presente, que se concreta en aportaciones doctrinales multidisciplinarias: filosóficas, jurídicas, sociológicas, políticas...

Han entrañado un sentido muy diverso, de manifiesta intencionalidad *pragmática*, las apelaciones a la ciudadanía realizadas por quienes la han invocado o invocan como bandera en la lucha reivindicativa por la consecución de determinadas libertades o situaciones jurídico-políticas. Así, el mo-

vimiento en favor de los derechos civiles en la sociedad norteamericana de la segunda mitad del pasado siglo, o la lucha contra el *apartheid* en la Unión Sudafricana, así como las acciones de determinados colectivos cívicos y ONGS que reivindican la ampliación de la ciudadanía europea a cuantos refugiados, inmigrantes y extranjeros habitan en los diversos países integrados en la Unión Europea. Ese tipo de actitudes constituyen ejemplos notorios de la dimensión pragmática que puede asumir el lenguaje de la ciudadanía.

2.3. Natural / político

En las teorías contemporáneas de orientación comunitarista, prevalece una acepción *natural* de la ciudadanía. Se la concibe como un factor innato y necesario que determina la inserción del individuo en el grupo étnico y/o cultural al que pertenece.

En un trabajo reciente, titulado: *El concepto de "ciudadanía" en una sociedad que cambia*, Michael Walzer expresa con nitidez los presupuestos básicos de la postura comunitarista en relación con la ciudadanía. Según se desprende de su planteamiento, el liberalismo ha forjado una noción formal y adjetiva de ciudadanía, como algo que es exterior al sujeto. Mientras que para el comunitarismo la ciudadanía constituye un vínculo originario y necesario de relación entre la comunidad y sus miembros. Esta concepción "hace de la ciudadanía el corazón mismo de nuestra vida" (Walzer,2001,162)

Por contra, desde premisas liberales, se concibe la ciudadanía como un concepto estrictamente *político*, es decir, como un vínculo que surge de la relación contractual (pacto social) y la adscripción libre de las personas con la sociedad (Rawls, 1993; 2001).

A partir de la Ilustración, la cultura y la política europeas se hallan abocadas a optar entre dos alternativas contrapuestas: la humanista liberal, de estirpe kantiana, que parte de la dignidad, la autonomía y la no instrumentalización de los hombres libres; y la *tradición nacionalista*, de signo herderiano, que concibe la nación o el pueblo como entidades colectivas naturales, dotados de espíritu propio, cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes. La acepción *natural* de la ciudadanía, hoy reivindicada desde premisas comunitaristas, tiene como presupuesto ideológico y se inscribe en la tradición nacionalista herderiana, mientras que la idea *política* de ciudadanía sustentada por el pensamiento liberal, tiene como antecedente el humanismo cosmopolita kantiano (Fernández García, 2001; Llano Alonso, 2002; Pérez Luño, 2002a).

2.4. Global / local

Se da también una marcada diferencia entre la versión *global* y *local* de la ciudadanía. La primera se halla sustentada en las elaboraciones doctrina-

les que la conciben como el conjunto de todos los derechos fundamentales. Desde estas tesis, la ciudadanía es reputada como una noción omnicomprensiva, en la que se incluyen tanto los derechos personales, civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales. Propugnó decididamente esta versión de la ciudadanía Thomas Marshall, en su conocida obra: *Ciudadanía y clase social*, en la que considera necesario no reducir la ciudadanía al ámbito estricto de la individualidad, sino ampliarla al conjunto de exigencias y necesidades de la persona en el desarrollo de su existencia como miembro de la colectividad. Marshall aboga por una "ciudadanía social" como alternativa y ampliación del concepto de "ciudadanía individual", forjada por la tradición del liberalismo conservador (Marshall, 1998).

Frente a esta concepción, para un amplio sector de la doctrina iuspublicista, la ciudadanía posee una significación *limitada*. Debe quedar circunscrita a su sentido técnico-jurídico, que implica la determinación de la calidad de "ciudadano", es decir, al vínculo de pertenencia a una determinada organización política y a los derechos de participación democrática que de tal condición se derivan. Contribuyó a difundir esa tesis la Escuela alemana del derecho público y, en especial, Georg Jellinek, quien desarrolla esta doctrina en su célebre estudio sobre los derechos públicos subjetivos (Jellinek, 1964).

2.5 Universal / particular

La invocación a la ciudadanía amplía, en determinados planteamientos, su ámbito de referencia hasta hacerlo coincidir con un *status universal* . En estas versiones, de inequívoca impronta cosmopolita ligadas al proyecto humanista de la modernidad, se proyecta un modelo de ciudadanía que haga posible una *universalis civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundialis hominis*. Esta acepción universalista y cosmopolita de la ciudadanía ha sido eficazmente reivindicada, en el plano filosófico-político por Martha Nussbaum (1999) y, en el plano jurídico constitucional, por Peter Häberle (1994; 1996. cfr. también: Fernández García, 2001; Llano Alonso, 2002; Pérez Luño, 2002a).

Son no obstante, más frecuentes las concepciones *particulares* de la ciudadanía. En la tradición doctrinal de Derecho público, se hace coincidir la idea de ciudadanía con la pertenencia a un Estado. Incluso en algunos estudios de Derecho municipal, se aboga por limitar, todavía más, el ámbito espacial de la ciudadanía. Desde estas ópticas de enfoque, se hace coincidir, en función de lo que su propia raíz terminológica evoca, la ciudadanía con la adscripción a la ciudad. Para este planteamiento, la ciudadanía quedaría preferentemente reducida a la esfera local, o sea, al sistema de relaciones

políticas existentes entre la ciudad y sus ciudadanos. En los últimos años, se aprecia la tendencia a acentuar la vecindad civil como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos cívicos (Rivero, 1993).

2.6 Unilateral / multilateral

Durante mucho tiempo, el uso lingüístico del término "ciudadanía" hacía referencia a un vínculo único y exclusivo entre el individuo y el Estado: se trataba, por tanto, de una relación *unilateral* y omnicomprensiva de toda la actividad política entre el individuo y el Estado. En las circunstancias de la hora presente, es posible admitir una pluralidad de ciudadanías, o sustituir la ciudadanía *unilateral*, por una ciudadanía *multilateral*. Esta última consistiría en ir más allá de una mera ciudadanía *diferenciada* (Kymlicka, 1996), en el interior del Estado. El reconocimiento del desbordamiento político y jurídico del Estado a través de los fenómenos de "supraestatalidad" (supeditación del Estado a organizaciones internacionales) y de "infraestatalidad" (asunción de competencias jurídico-políticas por entes menores que el Estado) (Pérez Luño, 1993), invita a admitir ese uso lingüístico multilateral de la idea de ciudadanía (vid. *Infra* n. 5).

Importa advertir que los distintos planos lexicales hasta aquí reseñados no agotan todos los usos lingüísticos del término "ciudadanía", aunque constituyen un inventario relevante de algunas de sus principales acepciones. Conviene también indicar que las distinciones analizadas en algunos de esos planos lexicales no entrañan necesariamente una oposición. Así, por ejemplo, la versión teórica de la ciudadanía no excluye su posible dimensión pragmática. Baste recordar, a tal efecto, el célebre opúsculo kantiano a tenor del cual una buena teoría lejos de ser una rémora para la práctica es su mejor garantía (Kant,1793). Otras distinciones, como la que hace referencia a las modalidades natural y política de la ciudadanía, expresan en sí mismas una contradicción irreductible. Asimismo, será posible establecer relaciones de complementariedad o contraposición entre las distintas acepciones incluidas en los distintos planos lexicales. El significado universal de la ciudadanía presenta íntima afinidad con la noción política de la misma, mientras que es incompatible con su acepción natural. También hay que hacer notar que aunque los distintos significados de uso de la ciudadanía operen en planos diferentes, ello no es óbice para que puedan acumularse coincidencias simultáneas entre algunas de esas distinciones. De este modo, es posible un uso lingüístico descriptivo de la ciudadanía que, al mismo tiempo, sea teórico, político, global, universal y multilateral. Si bien, lo más frecuente es que las coincidencias sean tan sólo episódicas y parciales.

El mapa lingüístico de la ciudadanía deja abierta, en definitiva, la indagación de aquel o aquellos sentidos que deben considerarse más relevantes a los efectos de la investigación aquí planteada.

3. Hacia una noción explicativa de la ciudadanía

Si se desea no ver depotenciada la función jurídico-política de la ciudadanía, es preciso completar el análisis lexical de ese término con una indagación explicativa tendente a precisar su sentido y función. Las *definiciones explicativas*, en el seno de la teoría analítica, se utilizan cuando se trata de establecer el significado de conceptos que se hallan en los puntos claves de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma. Son nociones sobre las que se proyecta, principalmente, el quehacer filosófico y en las que es preciso atenerse a aquello que con esos conceptos se entiende; entrar en el corazón de su significado en la cultura histórica a la que pertenecen. Las definiciones explicativas pueden, a su vez, manifestarse a través de dos modalidades: la *sistemática*, que potencia el estudio lingüístico de los términos a partir de su análisis sintáctico, semántico y pragmático, así como su depuración de significaciones inútiles o confusas y la distinción de otras nociones análogas o afines; y la *histórica*, que indaga en la evolución diacrónica de los términos aquellos momentos y precedentes más decisivos para la conformación de su significado actual (cfr. Pérez Luño, 2002b, 30 ss; id. 2002c, 49 ss.).

La definición explicativa de la ciudadanía entiendo que debiera elaborarse a partir de ambas modalidades, de modo que al explorarlas se evite incurrir en las polaridades de un dilema. Porque, si se pone el acento en una perspectiva sistemática, estrictamente analítica y sincrónica de la ciudadanía, quedaría amputada del significado actual de ese término la trayectoria evolutiva que explica su pleno sentido. Por contra, si se profundiza en ese insoslayable espesor histórico de la ciudadanía, se corre el riesgo de que el estudio se pierda en la noche de los tiempos, en la que cabe cifrar el origen remoto de ese concepto.

3.1. Aproximación histórica

No huelga recordar que la idea de ciudadanía evoca, en la Grecia clásica, la situación de la persona en la polis y constituye, por eso mismo, un elemento básico y originario de la propia noción de la política. La consabida definición aristotélica del hombre como “animal político”, expresa esa simbiosis originaria entre la propia noción de humanidad y la pertenencia a la *polis*. Al margen de la política, es decir, de la participación en la vida de la ciudad, el individuo se ve desposeído de su personalidad humana y queda degradado a la condición de mera bestia (cfr. Fassò, 1959). El término “ciu-

dadanía" procede etimológicamente del vocablo latino *cives*, que designa la posición del individuo en la *civitas*. La idea romana de ciudadanía hace referencia a un *status* integrado por un núcleo compacto e indesmembrable de derechos y deberes que definían la posición de las personas libres en la República. Marco Tulio Cicerón, en su celebre diálogo *De republica*, cifró en dos grandes pilares el fundamento y el nervio de las instituciones republicanas: la *libertas* y la *concordia*. La libertad consistiría en el desarrollo ordenado de la vida social garantizado por el *ius civile*; la ciudadanía representará, por tanto, la proyección de esa forma de libertad en las situaciones individuales (Cicerón, 51a.C).

Desde la perspectiva histórica, incluso se puede afirmar que la ciudadanía ha sido uno de los grandes motores de la historia. Así, junto a la concepción idealista de la historia, que la concibe como el producto del desarrollo y/o el conflicto de ideologías, creencias religiones... y la concepción materialista, que la reputa como el resultado de la lucha de clases, es decir, del enfrentamiento entre los poseedores y desposeídos de bienes económicos, cabría aludir a una tercera concepción del devenir histórico, que sería la consecuencia de la tensión entre la ciudad y el campo, entre las formas de vida rural y las formas de vida urbana. Cabe desprender esta tesis, por ejemplo, del radical enfrentamiento expuesto por Arnold Toynbee en su *Estudio de la Historia* (1970), entre las culturas forjadas por los pueblos nómadas y aquellas producidas por los pueblos sedentarios, las cuales serán las que, de un modo más decisivo, contribuirán al progreso de la civilización.

En la notoria obra sobre *La ciudad antigua* debida a Fustel de Coulanges (1996), se sostiene que la ciudad constituyó, desde la propia génesis de la evolución histórica de la humanidad, un reducto de seguridad, un espacio de comodidad y un estímulo de cultura. La ciudad representó, en efecto, una primera garantía de seguridad; más allá de los muros que delimitan su perímetro comienzan la incertidumbre y el peligro. La ciudad fue también un primer intento de organizar "la vida buena", por decirlo en la expresión aristotélica, o sea, la posibilidad de contar, aun de manera rudimentaria, con una serie de elementos (viviendas, vías y plazas, mercados, fuentes...) que contribuyen a hacer la convivencia más grata. La ciudad será también el núcleo embrionario de la civilización; la propia raíz etimológica de la civilización se halla, precisamente, en la noción de civilidad, es decir, en la vida cívica en cuya atmósfera debe situarse el orto del pensamiento, de la reflexión y de la deliberación racional sobre el mundo y la sociedad.

En la cultura islámica medieval, es digna de mención la obra sobre *La ciudad ideal* de Abu Nasr Al-Farabí (920). En esta obra se considerará, bajo la inequívoca impronta del idealismo platónico, a la ciudad como el compendio de todas las perfecciones de vida individual y social. Se retoma

aquí la tesis platónica y aristotélica de la ecuación entre vida humana y vida cívica, porque al margen de la ciudad, expresión ejemplar de los designios divinos, sólo hay lugar para la barbarie y el salvajismo.

3.2. Análisis sistemático: significación del término "ciudadanía" en el ámbito de la teoría jurídica y la doctrina constitucional

La dimensión diacrónica hasta aquí esbozada resulta provechosa para indagar algunos momentos relevantes de la génesis conceptual de la ciudadanía. Pero, para captar su significado actual, esa exploración debe ser completada por un análisis sistemático. Dicho análisis tiene como punto de partida la etapa histórica en la que se conforma el uso lingüístico de la expresión "ciudadanía", en el que directamente se entronca su sentido presente.

La época en la que adquiere una significación nueva, directamente vinculada con un ejercicio efectivo de la libertad política, es la Ilustración. La ciudadanía será uno de los logros básicos del programa ilustrado de la modernidad; un factor decisivo en el proceso emancipatorio ligado a tal programa (Veca, 1990).

Nótese la coincidencia sincrónica entre la aparición del concepto moderno de la ciudadanía y la del propio concepto de los derechos humanos y del Estado de derecho, cuyo reconocimiento debe situarse también en el ámbito de la modernidad (Peces-Barba, 1982). La Revolución francesa será, ante todo, la revolución de los ciudadanos, y la cualidad de ciudadano pasará a ser, desde entonces, el centro de imputación del conjunto de derechos y libertades que corresponden a los miembros de un Estado de derecho.

Ciudadanía, derechos fundamentales y Estado de derecho no son sólo categorías jurídico-políticas que emergen en un mismo clima histórico, son realidades que se condicionan e implican mutuamente. El Estado de derecho es la forma política en la que los poderes actúan divididos y sometidos al impero de una legalidad que garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los derechos fundamentales constituyen el fundamento de legitimidad del Estado de derecho y el contenido de la ciudadanía. La ciudadanía, a su vez, es el cauce de participación política en el Estado de derecho, a través del ejercicio de los derechos fundamentales (cfr. Pérez Luño, 2003, 212 ss.).

Para una definición explicativa de la ciudadanía, en clave histórica y sistemática, resultan de incuestionable valor algunos artículos políticos de la *Enciclopedia* debidos a Denis Diderot y Jean Le Rond d´Alambert. Esos textos representan una aportación emblemática de la cultura ilustrada y fueron un estímulo decisivo en la formación del Estado liberal de derecho.

Entre tales artículos, reviste particular interés, a los efectos de este estudio, la voz: *ciudadano*. En ella se define este concepto en términos concisos

y rigurosos. Ciudadano: "es el miembro de una sociedad libre compuesta de muchas familias, que participan de los de esa sociedad" (Diderot y d´Alambert, 1751-1765, 16). De cuanto en este artículo, así como en el dedicado a la voz *súbdito*, se expresa, cabe derivar tres grandes principios de la idea de ciudadanía postulada por la *Enciclopedia* , en cuanto texto paradigmático de la modernidad ilustrada:

1º La ciudadanía es una condición de la persona que vive en una sociedad libre. En las ciudades o en las comunidades políticas donde impera el arbitrio o la tiranía no existen ciudadanos. Para que tal condición se dé, es preciso que se garantice un orden político democrático que permita el ejercicio de las libertades.

2º La ciudadanía es una condición voluntaria que no puede imponerse a ninguna persona. La cualidad de ciudadano se funda en el pacto social, en un acuerdo libre de las personas para integrarse y participar en un determinado modelo de organización política. Por ello, se postula en la *Enciclopedia* la existencia de un derecho natural a la emigración, porque a nadie se le puede obligar a ser ciudadano de un Estado por la fuerza. Toda persona tiene derecho al cambio de ciudadanía: a renunciar a la que posee para adquirir otra, que sea más acorde con sus convicciones y preferencias políticas. De ahí, que existan dos modalidades de ciudadanía: la originaria, que surge con el nacimiento, y la adquirida, que procede de manifestaciones expresas de voluntad.

3º La ciudadanía se desglosa en un conjunto de derechos y deberes de las personas que pertenecen a un determinado Estado. Conviene advertir, que según se indica expresamente en la enciclopedia, no todas las personas son ciudadanos, puesto que las mujeres, los niños y los siervos no poseen tal condición; participan de ella a través de los vínculos que les unen con quienes ostentan la condición de ciudadanos (Diderot y d´Alambert, 1751-1765, 16 ss. y 225 ss.).

No sería lícito omitir la contribución de Immanuel Kant a la génesis doctrinal del concepto de ciudadanía, como un ingrediente insoslayable de su propia contribución al orto de la idea del Estado de derecho. Kant señala expresamente que: "La situación de los ciudadanos, considerada como situación puramente jurídica, se funda en los siguientes principios *a priori*:

1. La libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre (*Die Freiheitjedes Gliedes der Societät, als Menschen*).

2. La igualdad de él mismo frente a cualquier otro, como súbdito (*Die Gleichheit desselben mitjedem andern, als Untertan*).

3. La independencia de cada miembro de la comunidad, como ciudadano (*Die Selbstündigkeit jedes Gliedes eines gerneinen Wesens, als Bürger*).

Estos principios -explica Kant- no son leyes ya dadas por un Estado instaurado, sino leyes que por sí hacen posible la constitución del Estado según los principios de la pura razón (*reinen Vernunfiprinzipien*) que emanan del derecho externo del hombre" (Kant, 1793, 289-290).

El planteamiento de Kant corrobora la continuidad existente entre las nociones de derechos, Estado de derecho y ciudadanía. En el texto precitado, se hace del ciudadano portador de derechos y libertades universales, por su mera condición de ser humano. Kant sostiene, asimismo, la garantía de la igualdad de cada ciudadano con los restantes miembros del cuerpo social, con la consiguiente abolición de privilegios y situaciones estamentales, en cuanto súbdito del Estado. Debiendo advertirse que, en este fragmento, el término "súbdito" no posee la connotación peyorativa de sometimiento a un poder despótico, sino el sentido descriptivo de vinculación del ciudadano al Estado. Por último, Kant alude a un significado específico de la cualidad de ciudadano: su independencia. Esa facultad debe entenderse como un poder para la participación libre en la vida política (cfr. Pérez Luño, 2001, 458 s.)

De los textos de la *enciclopedia* y de las tesis kantianas, se infieren determinadas premisas que permiten avanzar en el proceso definitorio explicativo. La *ciudadanía*, consistirá en el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; *ciudadano* será la persona física titular de esa situación jurídica.

En esa doctrinas, aunque se destaca la importancia del derecho a la participación política como uno de los principales atributos de la condición de ciudadano, no se establece una distinción cualitativa de tal derecho respecto al conjunto genérico de derechos y deberes que conforman la noción de ciudadanía. Corresponde a la Escuela alemana del derecho público y, en particular, a Georg Jellinek, el haber contribuido, de forma decisiva, a perfilar la distinción entre: la ciudadanía en sentido genérico (*status civitatis*), que comprende el conjunto de derechos públicos subjetivos de los ciudadanos; y el sentido estricto de la ciudadanía (*status activae civitatis*), que hace inmediata referencia a los derechos políticos. Entre tales derechos destacan los de sufragio activo y pasivo, es decir, aquellos derechos regulados por el ordenamiento jurídico que facultan a los ciudadanos para ser electores y elegidos en los procesos democráticos que contribuyen a la formación de la voluntad política del Estado. La condición de ciudadano implica, por tanto, un protagonismo activo en el curso y la determinación de la política estatal (Jellinek,1964, 81 ss. vid. también lo expuesto *supra* en el apartado 2.4.).

El ulterior desarrollo de la doctrina iuspublicista, así como el del constitucionalismo de los Estados de derecho, han confirmado la versión estricta

y técnico-jurídica de la ciudadanía. Dicha noción expresa, en la actualidad, el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho, concretado en el derecho a la nacionalidad y en los derechos de participación política que de esa condición jurídica se derivan.

4. La crisis de la ciudadanía

La concepción ilustrada de la ciudadanía informó los procesos revolucionarios burgueses, que determinaron la consagración de esta categoría jurídico-política en los Estados de derecho liberales. En ellos, la ciudadanía tuvo sus luces y sus sombras. De una parte, fue un instrumento básico para la emancipación jurídica y política de quienes gozaron de la condición de ciudadanos; de otra, supuso una práctica discriminatoria en la titularidad y el ejercicio de tal condición.

Karl Marx mostró, desde sus escritos juveniles, una preocupación constante por afrontar desde una actitud crítica las contradicciones internas de la concepción burguesa de la ciudadanía. Así se desprende de su célebre crítica a la escisión que delata la Declaración revolucionaria francesa de 1789 entre los derechos del hombre y los del ciudadano. En el trabajo *Zur Judenfrage* (*sobre la cuestión judía*) analizará las consecuencias que entraña distinguir los derechos del hombre, entendidos como derechos del individuo egoísta, del burgués en cuanto miembro de la sociedad civil (*bügerliche Gesellschaft*), y los derechos del ciudadano (*Staatsbürger*) de la comunidad política que los ejerce participando en la vida social con los demás miembros de la misma (Marx, 1843, I, 362 ss.).

De este modo, se denuncia una fractura entre el hombre como individuo, cuyas posibilidades de actuación en la sociedad civil se hayan condicionadas por el desigual reparto de los bienes, y el ciudadano como sujeto titular de relaciones formalmente iguales en el seno de la comunidad política. Marx propugna la superación de esa fractura al concebir los derechos humanos como derechos políticos en cuyo ejercicio el hombre no sea una mónada aislada, sino un miembro que participe solidariamente con sus conciudadanos en las formas de la comunidad política (*politisches Gemeinwesen*). La realización de los derechos humanos exigía, según Marx, una emancipación humana que se produce cuando el hombre y el ciudadano se funden; esto implica el reconocimiento y organización de sus propias fuerzas como fuerzas sociales y, por tanto, no separar de sí mismo la fuerza social bajo la forma de la fuerza política (Marx, ibíd.).

Se infiere de la crítica de Marx que la ideología burguesa había traicionado los ideales revolucionarios de la tricolor: Marx considera que la ciudadanía en su concepción burguesa, constituye una exaltación del egoísmo; implica una visión atomista del individuo, como una mónada aislada del

resto de los miembros de la comunidad a la que cada persona pertenece. La práctica burguesa de la ciudadanía desconoce que todos los hombres forman parte de la especie humana. Por eso, la autenticidad liberadora de la ciudadanía burguesa se vio desmentida. En las primera etapas del Estado liberal, subsistieron profundas desigualdades entre los seres humanos, que impedían un ejercicio real y efectivo de la libertad a quienes se hallaban desposeídos de bienes económicos. En su crítica a la concepción de la ciudadanía burguesa, Marx fue, incluso, indulgente. Porque la discriminación de los sujetos no se producía sólo en su condición de "hombres", es decir, en la esfera de las relaciones económicas, sino también en el plano político y formal, en el que Marx admite la igualdad de los "ciudadanos" en cuanto miembros de la comunidad política. El Estado liberal-burgués, como es notorio, negaba el pleno ejercicio de la ciudadanía y discriminaba jurídicamente a las mujeres, a los analfabetos y a los pobres (sufragio censatario).

En una etapa posterior, más próxima a nuestra época, aparece en el año de 1949 la obra de Thomas Marshall *Citzenship and Social Class*, que supone una abierta crítica a la teoría y la práctica liberal-individualista de la ciudadanía. Marshall aboga por una ampliación del concepto de ciudadanía. Esta noción, a su entender, no debe quedar limitada a la titularidad de los derechos políticos, tal como era asumida por las doctrinas iuspublicistas. Como alternativa, propugna una ciudadanía concebida como status de miembro de pleno derecho de una comunidad. De ello se desprende que para Marshall, el alcance de la ciudadanía no quede circunscrito al plano "individual", de la mera titularidad de derechos políticos, sino que comprenda una dimensión "social" concretada en el disfrute de los derechos y garantías sociales, económicos y culturales (Marshall, 1998, 85 ss.).

La propuesta de Marshall tendente a un concepto global de ciudadanía (vid. *supra* 2.4), como centro de imputación de todos los derechos y deberes del sujeto de una comunidad política, no supone ninguna innovación. Esta versión genérica de la ciudadanía cuenta, como se ha expuesto (vid. *supra* 3.1), con una larga tradición histórica. De ahí, que aunque no exista inconveniente en admitir, *lato sensu*, esa acepción, debe advertirse que en su significado explicativo más riguroso, la ciudadanía expresa la condición de titular de los derechos de participación política.

La obra de Marshall tuvo el mérito de abrir un amplio debate de revisión y de crítica de la noción liberal de ciudadanía. Sus tesis han sido, junto con otras doctrinas y circunstancias que ahora serán analizadas, un factor relevante en la actual coyuntura de controversia y crisis del modelo teórico de ciudadanía.

4.1 El debate sobre la participación política en el Estado social de derecho

En la misma etapa, e incluso, en determinados supuestos, en fecha anterior a la aparición de la obra de Marshall, algunas de las voces más representativas en la teorización e impulso del Estado social de derecho habían contribuido a plantear abiertamente la nueva dimensión de la ciudadanía implícita en el tránsito del Estado liberal a ese nuevo modelo social de Estado de derecho.

Esa fue la actitud de Hermann Heller, uno de los más prestigiosos y decididos teóricos del Estado social de derecho, quien dirá que frente a las dictaduras totalitarias y a la nomocracia (*Nomokratie*) en que desemboca la concepción formalista kelseniana, el Estado social de derecho debe suponer, como respuesta a las demandas de democracia social del proletariado, "la extensión del pensamiento del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes (*die Ausdehnung des materiellen Rechstsstaatsgedankens auf die Arbeits-und Güterordnung*)"(Heller, 1978, I, p. 165).

En Italia, el pensador y político socialista Lelio Basso, a cuyo empeño se debe el art. 3.2 de la Constitución italiana de 1947 en el que se inspira el art. 9.2 de la Constitución española de 1978, reivindicó el nuevo concepto de ciudadanía que dimana del Estado social de derecho. En su libro *Il principe senza scettro* (Basso, 1958), sostiene el compromiso democrático y emancipatorio del Estado social y llega a afirmar que en dicha forma política cada ciudadano debiera ser partícipe de cuotas concretas de poder. En tales circunstancias, cada ciudadano podría decir, con estricto rigor de verdad: "el Estado soy yo". El ciudadano del Estado social de derecho sería la versión democrática alternativa a la imagen del autócrata Luis XIV.

Este ambicioso programa emancipatorio no ha podido alcanzar plenamente sus objetivos. El Estado social de Derecho que había legitimado su omnipresente intervencionismo en función de un amplio catálogo de medidas de bienestar, se halla hoy desbordado por sus propios compromisos; siendo esa una de las principales causas de su crisis como modelo político.

La falta de respuesta estatal a las exigencias sociales, la demora con la que las más apremiantes son atendidas contribuyen a crear un clima de inseguridad en la eficacia de la respuesta política a las aspiraciones y necesidades de la ciudadanía. Con la penetración que le distingue, Norberto Bobbio denuncia la instrumentalización de la ineficacia estatal por parte de grupos subversivos para intentar resolver por la fuerza los problemas que las disfunciones del sistema democrático dejan sin solución: "La tendencia a resolver los conflictos con la fuerza conduce a la gradual suspensión de algunas normas características del Estado de derecho; el deterioro del Esta-

do de derecho agrava la crisis de la democracia dando lugar a un auténtico y real círculo vicioso" (Bobbio, 1985, 13).

Conviene advertir que la crisis de legitimidad que entraña para el Estado de derecho su incapacidad para responder adecuadamente a las demandas sociales no debe entenderse como una legitimación de las acciones de las bandas terroristas. La circunstancia negativa de que el Estado de derecho haya sido incapaz de llevar a la práctica el programa emancipatorio de la Modernidad, reforzado en sentido democrático por el Estado social de derecho, no debe inducir al error de difamar los postulados de la Ilustración al identificarlos con una "razón terrorista". "Quien confunde el proyecto de la Modernidad -escribe Jürgen Habermas- con la conciencia y los actos públicos y espectaculares de los terroristas aislados comete el mismo error de visión que quien sostiene que el terror burocrático, cada vez más intenso y extenso, que se ejerce en la oscuridad, en las celdas de la policía militar y secreta, en los establecimientos psiquiátricos, es la *raison d´ etre* del Estado moderno (y su dominación jurídica vaciada por el positivismo) únicamente porque dicho terror se sirve de los medios coactivos del aparato estatal" (Habermas, 1988, 279).

En esas coordenadas, que definen la actual instalación de las relaciones humanas públicas y privadas, el discurso sobre la ciudadanía registra un nuevo cambio de rumbo. El proyecto ilustrado de la modernidad tendió a "liberar del privilegio y de la opresión la vida política colectiva, asegurando la igualdad formal de los ciudadanos". El Estado social de derecho, en cuanto prolongación en clave emancipatoria de los ideales ilustrados, pretendió remover los obstáculos y desequilibrios económicos que se oponían a un disfrute de la libertad por parte de todos los ciudadanos, promoviendo su igualdad real (Pérez Luño,1981; 1985).

Hoy juristas, economistas y filósofos, de diversas culturas lingüísticas e idéntica observancia conservadora, se inclinan ficticiamente compungidos sobre lo que ellos consideran como el cadáver del Estado social de Derecho y la condición de la ciudadanía surgida en su seno, que ellos no han engendrado ni nutrido. Las leyes infalibles del mercado son, a tenor de estas tesis, el síntoma y la causa de la defunción. Pero frente a ese determinismo fatalista de signo economicista hay que recordar que las leyes económicas no son leyes físicas producto de una causalidad ineluctable, sino leyes creadas por los hombres que sirven a fines humanos. "El mercado no es un Moloch intocable e inflexible; -en palabras de Francisco Contreras- el mercado es una hipóstasis, una abstracción... bajo la que se esconde simplemente una pluralidad de voluntades humanas, voluntades que pueden ser modificadas y que pueden llegar a acuerdos" (Contreras Peláez, 1994,99).

El Estado social de derecho supuso, en definitiva, una forma más justa de ejercer la ciudadanía. La quiebra de alguno de sus logros (pleno empleo, plena garantía de la educación, sanidad y servicios asistenciales...), permite hoy valorar en su auténtica dimensión el avance emancipatorio que, pese a sus insuficiencias y límites, supuso en las sociedades de bienestar el Estado social. Ello muestra la unilateralidad y ofuscación de aquellas críticas del radicalismo de izquierdas que descalificaban al Estado social, al considerarlo como un mero gestor de los intereses capitalistas y un mecanismo para domesticar al movimiento obrero. El sarcasmo es todavía mayor cuando se proyecta sobre países subdesarrollados que asisten hoy a la quiebra de un Estado social cuyos beneficios no alcanzaron a disfrutar; es más, en el seno de muchos países del tercer mundo, la propia dimensión liberal de la ciudadanía sigue siendo una promesa aplazada.

4.2 . La fragmentación de la ciudadanía

El orto del concepto moderno de ciudadanía se halla ligado, como se ha tenido ocasión de exponer *supra*, a la noción de nacionalidad; ser ciudadano, equivalía en el Estado liberal de derecho a ser nacional del Estado. En las sociedades complejas y plurales de nuestro tiempo, cuyos Estados engloban fenómenos más o menos amplios e influyentes de multiculturalidad y multinacionalidad, la ecuación ciudadano=nacional ha quedado desvirtuada. El nuevo ámbito de ejercicio de la ciudadanía es, por ello, mucho más complejo que en épocas anteriores y ello ha repercutido en la propia necesidad de revisión de su concepto.

En la coyuntura del presente, han surgido una serie de posturas teóricas aunadas por el propósito común de denunciar la insuficiencia del concepto tradicional de ciudadanía. La apelación a una "ciudadanía fragmentada" puede considerarse como el síntoma más evidente de esa crisis que invocan los detractores de la idea moderna de esa categoría conceptual. Considera causa inmediata de esa crisis el papel que históricamente incumbe a la ciudadanía de: "cumplir -en palabras de Fariñas Dulce, que compendian estos enfoques- una función de integración social, jurídica y política de los individuos supuestamente *semejantes* en estructuras universales y homogeneizadoras". Se imputa, desde esas premisas la noción de ciudadanía gestada en la modernidad de ser responsable de: "homogeneizar ficticia e intolerantemente, a todos los individuos en un estatus común y universal de *ciudadano*" (Fariñas Dulce, 2000, 36-37).

En las doctrinas críticas actuales contra la versión liberal / ilustrada de la ciudadanía, ha asumido un protagonismo relevante, hasta el punto de ser constantemente invocada por los multiculturalistas, la obra de Will Kymlicka. De conformidad con su planteamiento, en las grandes sociedades

complejas del presente, integradas por colectividades multiraciales, multiculturales y plurilingüísticas, y culturas diversas que conforman la comunidad internacional, propugna el reconocimiento de la diversidad cultural como fundamento de una diferenciación de los ciudadanos. Kymlicka defiende un concepto de "ciudadanía diferenciada", que se haga cargo de la diversidad de valores culturales que se dan en el seno de los grandes Estados de las sociedades desarrolladas de nuestro tiempo. En ellas, la población se halla integrada por una multiplicidad de grupos, que ostentan acusados rasgos identitarios peculiares que marcan notables divergencias. La población de las sociedades democráticas del presente ha dejado de ser la imagen abstracta de un todo compacto e indiviso, para mostrar su realidad compleja y heterogénea (Kymlicka, 1989; 1996; 2003).

Kymlicka, que proclama su deseo de revisar la concepción liberal de la ciudadanía desde el propio liberalismo, asume determinadas tesis que poseen una evidente impronta comunitarista. El comunitarismo, como se tuvo ocasión de indicar *supra* (apartado 2.3), se opone a una visión convencional, abstracta y desarraigada de la ciudadanía, tal como, según sus partidarios, habría sido forjada por el liberalismo en la modernidad. En definitiva, el comunitarismo situaría el fundamento de la cultura en la identidad homogénea comunitaria que se expresa en el *ethos* social, es decir, la *Sittlichkeit*, como alternativa a la universalidad abstracta del racionalismo ilustrado moderno. Sin referencia a la comunidad cultural o étnica a la que cada sujeto pertenece, la ciudadanía será un concepto ideal y abstracto, porque es cada comunidad histórica la que va a dotar de unos perfiles específicos y concretos a los vínculos de pertenencia de cada persona con su comunidad, en los que se expresa de forma "natural y necesaria" la ciudadanía (Kymlicka, 1989, 76 ss.; id. 1995, 219 ss 2003, passim; cfr.: De Castro, 1995, 399 ss.; Contreras Peláez, 1998, 69 ss.).

Will Kymlicka postula un planteamiento de la ciudadanía que pretende ser una versión de síntesis de ingredientes liberales y comunitaristas. Acogiendo premisas de estos últimos, defiende lo que denomina "protecciones externas" de las minorías étnicas o culturales, cuyos rasgos identitarios deben ser objeto de una política de reconocimiento y tutela por parte del Estado donde se hallan integradas. Pero, sensible a la tradición liberal, es consciente de que se deben salvaguardar también los derechos de los individuos integrados en tales minorías, frente a las "restricciones internas" invocadas "en nombre de la tradición cultural o la ortodoxia religiosa" de los grupos.

El orden político de los Estados de derecho liberales es abiertamente incompatible con la posibilidad de que en su seno se niegue la autonomía y la libertad de pensamiento, de crítica y de decisión de las personas en nombre de la solidaridad grupal o de su pertenencia a comunidades que por su

radicalismo étnico, religioso o ideológico nieguen esos derechos humanos básicos (Kymlicka, 1996, 59 ss.).

Reconoce Kymlicka que no siempre es fácil trazar esa distinción entre restricciones internas y protecciones externas. Determinadas medidas de protección externa de algunos grupos, pueden implicar graves restricciones internas a la libertad y autonomía de los individuos pertenecientes a dichas comunidades. Cita el caso de la política lingüística desarrollada por el Estado Canadiense en Québec. En este territorio, la protección externa de la comunidad francófona ha supuesto limitaciones para la libertad lingüística de los individuos que forman parte de tal comunidad (Kymlicka, 1996,68 ss.; 2003, 196 ss.). Incidiendo en esa dificultad, denuncia Francisco Contreras Peláez la situación, a su entender (que plenamente comparto) todavía más inquietante, de cuanto ocurre en España con la política de "inmersión lingüística" impuesta por la Generalidad catalana. "Los derechos individuales de los castellano-hablantes... son gravemente vulnerados, con la excusa de la defensa de la identidad cultural catalana frente a una fantasmal *presión uniformizadora*, supuestamente ejercida por el resto de España". Esa política ha producido: "la progresiva erradicación del idioma español del sistema escolar catalán (y el consiguiente desconocimiento del derecho de los niños castellano-hablantes a ser educados en su lengua materna)"(Contreras Peláez, 2001, 141-142; vid., también, De Carreras i Serra, 1999, 130 ss.).

Los riesgos que en la vida política práctica pueden derivarse de la tesis de Kymlicka, determinan que su propuesta de ciudadanía diferenciada resulte muy cuestionable. Si con ella se pretende garantizar el respeto a las minorías en un sistema de pluralismo, de tolerancia y de tutela de los derechos individuales, no se advierte en ella ningún avance cualitativo respecto a lo que entraña la noción liberal de ciudadanía. Si lo que persigue es dotar a las comunidades culturales o étnicas de unos supuestos "derechos colectivos" propios, cifrados en pretendidas esencias identitarias, entonces los derechos de ciudadanía de los individuos integrados en tales comunidades, y en concreto su autonomía y la libertad individual, pueden quedar seriamente limitados e, incluso, vacíos de contenido.

En la filosofía del derecho española actual, las tesis de Kymlicka han hallado notable eco. Entre quienes más decididamente han contribuido al estudio y difusión de su propuesta de "ciudadanía diferenciada" ocupa un lugar destacado Javier de Lucas. Asumiendo algunos planteamientos básicos de Kymlicka, así como determinadas doctrinas multiculturalistas, De Lucas revisa el concepto liberal de ciudadanía, al que reprocha su carácter ideal y abstracto, incapaz de hacerse cargo de las realidades diferenciales y utilizado como instrumento para la exclusión de su disfrute a determinadas

minorías. De entre los argumentos aducidos en pro de este empeño intelectual, entiendo que pueden destacarse los siguientes:

1) *La identificación del concepto liberal de ciudadanía con el Estado nacional*. De Lucas denuncia el concepto de ciudadanía liberal, a su entender, basado en la el vínculo político de pertenencia al "Estado Nacional, en el que Nación, Estado y cultura son uno, como consecuencia de compartir los lazos de origen, tradición, prácticas e instituciones culturales surgidas de forma análoga a la que caracteriza las estructuras de parentesco, es decir, la sangre y la tierra, según el esquema del nacionalismo romántico encarnado en la conocida fórmula *Blut und Boden* que a su vez daría pie al principio de *ius sanguinis* como título de nacionalidad y ciudadanía" (De Lucas, 2002, 16).

2) *Atribución al liberalismo de un concepto (natural) de ciudadanía y, al propio tiempo, "ideal" y "abstracto"*. Javier de Lucas ofrece una lectura del concepto liberal de ciudadanía en el que ésta aparece como una categoría "natural", cifrada en vínculos necesarios surgidos de la propia "homogeneidad nacional" (2002,12). Pero al propio tiempo, sustenta el carácter ideal y abstracto de la ciudadanía liberal edificada sobre el "sofisma" del universalismo ilustrado. De conformidad con ello, para ser reconocidos como seres humanos y, en consecuencia como ciudadanos, "tendríamos que despojarnos de todas las características concretas personales e históricas sobre las cuales existe la persona". La tolerancia desde categorías políticas construidas a partir de esos parámetros liberal-ilustrados, le parecen a De Lucas "autodestructiva, porque obliga a perder al ser humano real, desde la base de que el puro *homo noumenico* puede constituir una comunidad" (2002,14-15).

3) *Denuncia de la crisis de legitimidad del concepto liberal de ciudadanía*. Afirma De Lucas que si el Estado liberal "no toma en serio las minorías", sus instituciones políticas adolecerán de un déficit de legitimidad democrática. Por tanto, una ciudadanía forjada al margen de las exigencias de reconocimiento identitario de las minorías nacionales, étnicas o lingüísticas "afectan a la legitimidad democrática en sociedades multiculturales" (2002,19).

Las tesis de De Lucas poseen la virtualidad de asumir en síntesis algunos de los argumentos más recurrentes de las críticas comunitaristas y multiculturalistas contra la noción liberal de ciudadanía. Tales críticas, estimo que inciden en algunas confusiones y descuidan hechos notorios. Frente a ellas pueden avanzarse algunas reservas que, en lo que atañe a la postura de mi compañero y amigo Javier de Lucas, llevan implícitas esa dosis de reconocimiento y homenaje que son la otra faceta de la discrepancia intelectual.

1) En lo referente a la identificación entre la idea liberal de la ciudadanía y el Estado nacional, habrá que matizar que el Estado de derecho liberal no puede asimilarse al Estado-Nacionalista. El concepto de Nación que subyace a estas dos formas de Estado es, no sólo distinto, sino contrapuesto. El Estado liberal parte del modelo de Nación / contrato, es decir, la nación es fruto del acuerdo de sus integrantes sobre tradiciones, valores y sentimientos compartidos; mientras que para el nacionalismo rige el modelo de Nación / status étnico, o sea, que tal categoría constituye una entidad colectiva "natural", dotada de espíritu propio, cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes. Existe por tanto, una abierta y radical antítesis entre el Estado liberal y el Estado nacionalista, porque todo nacionalismo representa una exaltación de determinados rasgos identitarios nacionales que se postulan como ideología omnicomprensiva o cosmovisión política, premisas que son incompatibles con el liberalismo. No deben confundirse, por eso, el Estado de derecho propio de las sociedades liberales con los fenómenos nacionalistas totalitarios y excluyentes. La alusión al mito de la "tierra y la sangre", así como a todas las supuestas homogeneidades identitarias basadas en la raza, la lengua, o el "espíritu del pueblo", fueron en el pasado y son hoy invocadas por los nacionalismos que pugnan por abolir o menoscabar las garantías de libertad y autonomía propias del Estado de derecho liberal.

2) Parece una contradicción evidente atribuir al liberalismo una concepción "natural" de la ciudadanía y, al propio tiempo, considerarla como una convención política "ideal" y "abstracta" propia de "hombres nouménicos". No huelga recordar que la concepción natural de la ciudadanía es aquella, que como se ha tenido ocasión de exponer *supra*, propugnan los comunitaristas (2.3), quienes reprochan a la concepción liberal la defensa de un concepto de ciudadanía basado en convenciones políticas. Ese carácter contrafáctico y normativo de la ciudadanía liberal, tal como fue postulada kantianamente para "hombres nouménicos", representó una necesidad histórica (cfr. Fernández García, 2001; Llano Alonso, 2002; Pérez Luño y Contreras Peláez, 2001). En la génesis del Estado liberal, los "hombre fenoménicos" se hallaban integrados y hasta absorbidos por estamentos, gremios, glebas, corporaciones territoriales y otros entes colectivos que determinaban la negación de su libertad, de su autonomía y de su propia individualidad. La noción moderna de ciudadanía, propia del Estado liberal, supuso la emancipación política de los individuos, al sustituir sus vínculos políticos necesarios, desiguales, cerrados y naturales, por un vínculo político basado en el pacto social que garantizaba la libertad política en términos de ciudadanía. La ciudadanía moderna y liberal es el símbolo emblemático de la participación política en las sociedades abiertas. De ahí, que determinadas

pretensiones comunitaristas o multiculturalistas de la postmodernidad, lejos de suponer un avance emancipatorio, implican una regresión a fórmulas propias de la sociedad estamental. Tiene plena razón Giovanni Sartori cuando indica que: "abolida la servidumbre de la gleba que ligaba al campesino con la tierra, hoy tenemos el peligro de inventar una *servidumbre de la etnia"* (Sartori, 2001,105).

3) En lo tocante a "tomar en serio las minorías", estimo que es un propósito que debe ser objeto de cumplimiento estricto. Ello equivale a asumir con las debidas dosis de objetividad y rigor el papel real de las minorías culturales en el Estado de derecho. Porque, para que exista un conflicto entre minorías culturales en el seno de un Estado liberal, es necesario que éstas se conciban como "bloques de creencias monolíticas e inamovibles". Esta idea conflictiva de las culturas, en palabras de Elena Beltrán Pedreira, "es difícil de sostener, entonces los conflictos no son conflictos entre culturas, sino entre individuos que sostienen creencias diferentes a las creencias de la mayoría y el Estado o sus instituciones, en cuyo caso las reglas del juego democrático, el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas más el debate cívico marcan las líneas a seguir" (Beltrán Pedreira,2002, 404; en el mismo sentido, Laporta, 2001). Tampoco puede omitirse el fenómeno de falsificación de numerosas identidades culturales, las cuales "se fabrican, o incluso se resucitan a propósito, sin suficientes buenas razones para hacerlo" (Sartori, 2001, 126). Todavía es más tajante Contreras Peláez cuando se refiere a la impostura a que responden determinadas reivindicaciones de minorías culturales: "son postizas las *comunidades* imaginarias, las *tradiciones* inventadas o artificiosamente resucitadas, las *culturas* soñadas por comunitaristas y multiculturalistas..."(2001, 154).

Suscribo, no obstante, sin reservas la crítica planteada por De Lucas a la noción puramente nominal y depontenciada de eficacia de la ciudadanía, así como su denuncia a la instrumentalización de la ciudadanía para excluir a determinadas personas o grupos de su disfrute. Alude, de forma expresa, al uso excluyente que de tal categoría realizan determinados estados de derecho liberales, para marginar del acceso a los derechos a extranjeros e inmigrantes (De Lucas, 1992; 1994). En esta denuncia tiene tanta razón que hasta parece demasiada. Por eso mismo, la coherencia lógica, el correcto uso de la hermenéutica jurídica y la solidaridad ética invitan a proyectar ese enfoque a las situaciones de exclusión, marginación o desprotección de aquellos ciudadanos sometidos a políticas nacionalistas. En esas comunidades, los poderes políticos nacionalistas imponen el régimen de monopolio, una visión cerrada y omnicomprensiva de la identidad nacional y del vínculo de pertenencia política. Estos nacionalismos que, en determinados ámbitos se muestran insensibles e incluso justifican la violencia contra los insumisos al

credo nacionalista, son responsables del exilio interior y de la sensación de ser extranjeros en su propia tierra de muchos ciudadanos, cuyo disfrute de tal condición queda degradada a un mero *flatus vocis.*

Quizás, para poner las cosas en términos cuerdos, cabría propugnar un "uso alternativo" por parte de los liberales de los argumentos utilizados por las versiones de signo más radical comunitarista o multiculturalista, entre las que no se inscriben las tesis de Kymlicka y De Lucas. De este modo, se podría denunciar la opresión e intolerancia que las minorías nacionalistas que alcanzan el poder político ejercen contra quienes, en el seno de tales comunidades, discrepan de la homogeneidad identitaria nacional; aduciendo las "restricciones internas", en el sentido empleado por Kymlicka. La experiencia de algunos de los Estados surgidos en Europa tras el desmoronamiento del bloque del Este, como fruto de la reivindicación nacionalista de pueblos anteriormente oprimidos, muestra la falta de respeto de esos nuevos Estados hacia los derechos de las minorías étnicas subsistentes en su seno (Habermas, 1989; 1997).

4.3. La negación de la ciudadanía

En las últimas décadas se ha formulado una profunda revisión crítica del concepto de ciudadanía. La crisis de la denominada "ciudadanía social", y la fragmentación de la idea de ciudadanía, propugnada por comunitaristas y multiculturalistas han desembocado en posturas que se plantean la propia abolición de ese concepto.

Entre las posturas teóricas que impugnan la persistencia y razón de ser actual de la noción de ciudadanía, destaca la argumentación debida a Luigi Ferrajoli. En algunas de las últimas publicaciones del profesor de la Universidad de Camerino, ocupa un lugar destacado su inequívoca propuesta de superación de la idea de ciudadanía, al considerarla no sólo inadecuada desde el punto de vista de la teoría jurídica, sino responsable de prácticas políticas indeseables.

Ferrajoli parte de la crítica a Thomas Marshall y a su intento de ofrecer una versión omnicomprensiva de la ciudadanía, que como se ha tenido ocasión de exponer *supra* (4.1), englobaba los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales. Esa concepción propugnada por Marshall era responsable, en opinión de Ferrajoli, de haber enturbiado el significado estricto de la ciudadanía como un status subjetivo para la titularidad de los derechos políticos, hasta hacerlo coincidir con la titularidad de todos los derechos de la personalidad (Ferrajoli, 1999, 97ss; 2001, 40 ss.). Para evitar confusiones y una ampliación excesiva de los derechos de ciudadanía, incompatible con su acepción jurídica, propugna Ferrajoli: "evitar caer en posiciones iusnaturalistas y formular algo más que meras filosofías de la jus-

ticia: *los derechos* no pueden ser más que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época" (1999, 97-98).

Desde la Declaración de derechos de 1789 de la Revolución francesa, se produce una disociación entre el hombre y el ciudadano. A partir de ese texto existirán dos tipos de derechos fundamentales: "los *derechos de la personalidad*, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o *personas*, y los *derechos de ciudadanía*, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*" (Ferrajoli, 1999, 99). Englobar en una única categoría a los "derechos del hombre y del ciudadano", a partir de una "noción genérica y amplia de ciudadanía", según la propuesta de Marshall, le parece a Ferrajoli una idea contrapuesta a la evolución actual de los derechos (Ferrajoli, 1999, 99-100; 2001, 42-43). La Declaración universal de los derechos humanos de la ONU de 1948, así como el constitucionalismo democrático contemporáneo, han convertido a la "persona" en sujeto titular de derechos universales, frente al "ciudadano", que circunscribía los derechos a una relación del Estado con sus individuos. La propia erosión de la soberanía estatal, motivada por las tendencias supranacionales del presente, así como la exigencia de la dignidad e igualdad de todos los hombres que garantice no sólo sus derechos individuales, sino también los de naturaleza económica y social, determinan la necesidad de sustituir los derechos de ciudadanía por los derechos de la personalidad.

En función de estos argumentos, Luigi Ferrajoli concluye denunciando el carácter discriminatorio que hoy lleva aparejado el recurso a los derechos de ciudadanía. En una época en la que el problema más grave y urgente de las sociedades democráticas es el de dar una respuesta justa a los crecientes flujos migratorios que penetran en sus fronteras, la ciudadanía es utilizada como instrumento para negar derechos y libertades a los inmigrantes y asilados. De ahí, que Ferrajoli propugne: "la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades". Se trata en suma, de tomar consciencia de la "crisis irreversible"de la vieja noción de la ciudadanía y de certificar su completa abolición (Ferrajoli, 2001, 43-44).

La implacable descalificación del concepto de ciudadanía que se desprende de las críticas de Ferrajoli, estimo que debe ser asumida con la mayor densidad de matices. En primer término, se puede aducir que Ferrajoli incurre en el mismo defecto que imputa a Marshall. Porque, tras haber reprochado la confusión a que induce proponer una noción omnicomprensiva de la ciudadanía identificada con la titularidad de todos los derechos y libertades, avanza la propuesta de sustituir esa noción por la de personalidad, concebida también como el término de imputación de todos los derechos de la perso-

na. A la postre, se trata de sustituir un término por otro, sin que se aprecien ventajas relevantes en tal opción.

Debe advertirse, al propio tiempo, que la expresión "derechos de la personalidad" no es menos excluyente, problemática y equívoca que la de "ciudadanía". Bastará recordar aquí, por ejemplo, que en un penetrante análisis crítico del Código de Napoleón, André-Jean Arnaud puso de relieve la discriminación existente en el respectivo status de "persona" entre los diversos sujetos de relaciones jurídico-privadas. Dicho ensayo pretendió ofrecer una panorámica totalizadora de la estructura del sistema jurídico privado francés concibiéndolo como un juego en el que intervienen unos jugadores (los distintos sujetos o personas jurídicas con su respectivo y desigual status que determina la exclusión de las «partidas» más importantes a algunos de ellos: las mujeres, los menores, los extranjeros, los indigentes sin domicilio fijo...) (Arnaud, 1973, 57 ss.).

La propuesta de Ferrajoli rompe, además, con la tendencia consolidada en el constitucionalismo y en la teoría de los derechos fundamentales, de establecer una nítida demarcación entre estos últimos y los derechos subjetivos privados. Los argumentos metodológicos y conceptuales avanzados por Jellinek al elaborar su doctrina de los derechos públicos subjetivos, han devenido clásicos para justificar la necesidad de no confundir estas categorías y mantienen intacta su validez (Jellinek, 1964, 19 ss.).

Idénticas reservas suscita la confusión entre derechos humanos y derechos fundamentales que se desprende del planteamiento de Ferrajoli. Importa no confundir estas dos categorías conceptualmente distintas, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos (Pérez Luño, 2003, 30 ss.).

Dista de ser diáfana la propuesta de Ferrajoli de concebir esos derechos de la "persona", en cuanto categoría alternativa de los derechos del "ciudadano", en el plano de la más estricta positividad. Su designio de no comprometer el concepto de derechos de la persona con postulados iusnaturalistas o filosofías de la justicia, le llevan a concebirlos como *derechos* establecidos, en cada tiempo y en cada época, por los ordenamientos jurídicos. Pero estas premisas parecen contravenir la dimensión universal que asigna Ferrajoli a esos derechos de la persona. Son, precisamente, los derechos humanos por su dimensión deontológica conexa con presupuestos iusnaturalistas de

inequívoco signo cosmopolita, los que asumen esa dimensión de universalidad. Los derechos fundamentales, así como esa categoría imprecisa de los derechos de la persona, no participan del rasgo de la universalidad, porque se hallan delimitados por esas circunstancias "de lugar y de época" que contextualizan su reconocimiento positivo por los ordenamientos jurídicos (Pérez Luño, 2002a, 21 ss.).

La negación del concepto de ciudadanía no exime de plantear si es posible negarlo. Las dificultades teóricas no siempre pueden ser superadas por la exhuberancia del ímpetu. Negar la ciudadanía, porque su propia noción se ha hecho cuestionable y controvertida, puede resultar un mero acto o designio de la voluntad. El gran riesgo de determinadas actitudes doctrinarias, ha residido en el pasado y reside hoy, en que el intelectual decide, por sí y ante sí, elaborar unas definiciones convencionales de una institución y/o suprimir otras. Se trata de una arquitectura de conceptos, pero cuando la institución real y viva no coincide con ese modelo teórico, meramente "estipulativo", se la niega o se la considera abolida. Más discreto parece lo contrario, declarar superado o ficticio un concepto cuando no es congruente, porque no acierta a explicar la realidad.

Desde premisas analítico-lingüísticas, las definiciones *estipulativas* se conciben como el polo apuesto de las definiciones *lexicales*. Estas últimas, como se ha tenido ocasión de exponer anteriormente, consisten en la descripción de los usos de un término en el lenguaje; frente a ellas, las definiciones estipulativas entrañan propuestas o convenciones sobre el uso futuro de una expresión, al margen de su significado en la praxis lingüística. Las definiciones *explicativas*, por cuya modalidad se ha optado aquí para perfilar la noción de ciudadanía, pretenden superar los riesgos y limitaciones que aquejan a los dos otros tipos de definición. Respecto al mosaico de usos lingüísticos en los que las definiciones lexicales terminan por resolverse, la definición explicativa intenta ofrecer un itinerario de orientación sobre cómo debe ser utilizado un término, con el máximo rigor y claridad, en un determinado contexto cultural. En lo que atañe a las definiciones estipulativas, el modelo explicativo evita incurrir en la arbitrariedad que suele ser inherente a las estipulaciones definitorias, porque las definiciones explicativas se edifican sobre una selección de usos efectivos de un término.

Importa advertir, en todo caso, que no siempre las instituciones corresponden al perfil exacto de su definición explicativa; queda éste siempre como un elemento normativo, orientador o como una norma de perfeccionamiento. En cada Estado de derecho, se ha realizado de una forma distinta y con modalidades diversas el concepto de ciudadanía. Negar o tratar de abolir ese concepto, porque en la vida política del presente adolezca de insuficiencias o promueva disfunciones, no parece ser un método adecuado

para resolver las cuestiones jurídicas y políticas que subyacen tras la idea de ciudadanía. Menos provechoso y más confuso todavía parece la sustitución semántica de este término por otros que, una vez formulados, tienen que hacer frente a las mismas aporías del que es sustituido. La vía más razonable parece, por todo ello, la de aceptar la noción de ciudadanía como un concepto jurídico-político que existe en los ordenamientos jurídicos del presente. La tarea abierta consiste, más bien, en comprobar si la disciplina jurídica de la ciudadanía se ha hecho cargo de las exigencias políticas del presente, para actualizar y rehabilitar el término, lo que es algo muy distinto de proclamar apresuradamente su abolición.

5. La ciudadanía: vicisitudes de un concepto

Existen conceptos e instituciones que, a lo largo de su decantación histórica, tienen suprema energía de perduración. Tal cualidad puede predicarse de la noción de ciudadanía, que a través de los tiempos ha expresado el vínculo jurídico que liga a las distintas formas de organización política con sus miembros. A partir de la modernidad, la ciudadanía significará el vínculo jurídico de pertenencia al Estado de derecho, y hará alusión al conjunto de derechos políticos en los que se desglosa la participación inmediata de sus titulares en la vida estatal.

Como todo status subjetivo, la ciudadanía se halla constituida por dos elementos: la titularidad y el contenido. La crisis que, en los últimos años, ha aquejado al concepto de ciudadanía incide en esos dos elementos. Así, el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, planteó la ampliación del *contenido* de la ciudadanía para integrar en el seno de la "ciudadanía social" una serie de derechos, de índole económica, social y cultural que, en su significado estricto, rebasan la idea de ciudadanía. Por su parte, las teorías que apelan a la fragmentación de la ciudadanía representan intentos por redefinir sus formas de *titularidad*. La negación de la ciudadanía ha supuesto, a su vez, una tentativa de suplantar este término por otro, con la pretensión de que el nuevo se hiciera cargo de las nuevas exigencias de titularidad y contenido que gravitan sobre la ciudadanía.

Las perspectivas teóricas que han conducido a la crisis, incluso a la negación, de la ciudadanía han contribuido también a distorsionar y/o confundir los elementos constitutivos de su concepto. La tarea rehabilitadora de la definición de la ciudadanía, desde premisas explicativas, debe aportar la mayor dosis posible de claridad y rigor en la determinación del significado actual de los elementos constitutivos de la ciudadanía: contenido y titularidad.

5.1. Sobre el contenido de la ciudadanía: participación política y cultura cívica

"La ciudadanía social" indujo a confundir el concepto estricto de ciudadanía, circunscrito con los derechos de participación política, con una noción genérica y laxa en la que el contenido de dicho concepto coincide con la totalidad de derechos y libertades que corresponden a los miembros del Estado social de derecho. Esta confusión condujo a una pérdida de precisión significativa del concepto de ciudadanía. La denominada "ciudadanía social" debió entenderse como una nueva modalidad de ejercicio de los derechos políticos en el seno de un nuevo modelo de Estado de derecho, pero no como una ampliación de su objeto. El equívoco consistió en confundir el ámbito y modalidad de ejercicio del derecho con las facultades integradoras de su contenido. Pero, aun convicta de error, esta tesis ha tenido la virtualidad de hacernos caer en la cuenta de que la ciudadanía nunca ha sido inmune a los movimientos y fenómenos culturales, económicos, sociales y políticos que han contextualizado su ejercicio.

Las transformaciones o generaciones del Estado de derecho han supuesto contextos diferentes y diferenciados para el disfrute de la ciudadanía. Asimismo, fenómenos actuales como el multiculturalismo, los flujos migratorios, la globalización o el impacto de las nuevas tecnologías inciden directamente en las formas de ser ciudadano en las sociedades democráticas del presente. Pero, conviene reiterarlo, ese ámbito externo que contextualiza la actuación de la ciudadanía no es el contenido conformador de la misma.

Para elucidar el contenido de la ciudadanía en las sociedades liberales, estimo pertinente recordar las tesis de quien ha sido en las últimas décadas el más cualificado intérprete de la ciudadanía liberal: John Rawls. El prestigioso filósofo de Harvard, recientemente desaparecido, sostiene en su obra *Political Liberalism*, que debe ser "desechada la esperanza de una comunidad política unida en la afirmación de una única doctrina omnicomprensiva" (1993,146). El pluralismo de visiones del mundo es para Rawls un elemento esencial de los Estados de derecho basados en el liberalismo político. La tolerancia y el pluralismo son, a la vez, exigencias teóricas y políticas, inspiradoras del orden interno, así como de las relaciones internacionales. El liberalismo político no puede identificarse con una visión comprensiva del mundo ni propugnarla. A diferencia del realismo moral que postula la posibilidad de intuir racionalmente los valores éticos fundamentales, el liberalismo político es una doctrina "constructivista". Según esa teoría, los valores ético-políticos son resultado de un proceso de construcción, que lleva a cabo la razón práctica a partir de una concepción compleja de la persona y de la sociedad que permite establecer la idea de lo que se considera razonable (1993,93 ss.). La aportación básica del constructivismo político-

liberal reside en la posibilidad de arribar a un "consenso por superposición" (*overlapping consensus*), entre doctrinas comprensivas racionales que expresan visiones religiosas, filosóficas y morales diferentes. De este modo, las modernas sociedades democráticas pueden asegurar la coexistencia de una pluralidad de visiones del mundo contradictorias (1993,90 ss.y 144 ss.). El ejercicio de ese pluralismo político se expresa a través de ese consenso por superposición, que tiene unas reglas y vínculos que limitan su funcionamiento. El principal es la "carga o exigencia de razón" (*burdens of reason*), es decir, la exigencia de que los desacuerdos o acuerdos se expresen a través de una argumentación racional y no estén provocados por el prejuicio, la desorientación o la ignorancia (1993, 67 ss.). Ello implica otorgar un papel central a la educación cívica como instrumento para el logro del consenso. De este modo, Rawls ha intentado rectificar el carácter irreal de su concepción de la "sociedad bien ordenada" defendida en su célebre obra anterior *Teoría de la Justicia*, en la que los principios de justicia eran establecidos a partir de una hipotética situación de "velo de la ignorancia" (es decir, sin contaminación de intereses particulares y concretos). En su obra sobre el *Liberalismo Político*, Rawls desea ofrecer una concepción moral practicable, estable y sensible a las circunstancias histórico-sociales que permita hacer viable la justicia en sociedades bien ordenadas empíricamente.

El consenso *por* superposición, o *en* la superposición, al que hacen referencia las tesis de Rawls, resulta útil para explicar el ejercicio de los derechos políticos que integran el contenido de la ciudadanía en las sociedades democráticas

En su libro *The Law of Peoples* (*El derecho de gentes*), Rawls considera la cultura política pública como el ámbito de racionalidad y tolerancia en el que los ciudadanos ejercen sus derechos de participación política en las democracias constitucionales (Rawls, 2001, 177ss.). En una época como la nuestra en la que las sociedades democráticas se debaten en una crisis de valores ético-políticos, que tiene uno de sus principales síntomas en lo que Vittorio Frosini ha calificado de "deseducación cívica" (1986,79), resulta estimulante el esfuerzo de John Rawls por acentuar la importancia de la cultura cívica de la sociedad y "el ejercicio informado y consciente" de los derechos de ciudadanía.

En las sociedades liberales, es decir, aquellas que se hallan bien ordenadas en función de principios de justicia, los ciudadanos actúan como seres racionales, libres y dotados de autonomía moral, que intervienen en el debate político formando parte de distintas instituciones. La cultura política pública es el ámbito de expresión de las distintas doctrinas generales, sean de inspiración religiosa o secular. Tales doctrinas o concepciones políticas generales concurren en el debate político a través de lo que Rawls

denomina "*la estipulación*". Con ello, quiere aludir a que esas doctrinas deben justificarse en términos razonables. No se exige " que sean correctas desde el punto de vista lógico, que estén abiertas al escrutinio racional o que estén sustentadas por pruebas"; basta con que actúen de acuerdo con la racionalidad práctica cifrada en argumentos razonables y persuasivos, tendentes a que esas opiniones sean ampliamente aceptadas. En todo caso, la estipulación en la que se expresa la cultura política pública, debe partir de los principios de la buena fe, la reciprocidad (respeto mutuo entre las distintas doctrinas generales que concurren al debate político) y la lealtad. Rawls considera que la lealtad de la ciudadanía democrática a los valores de las sociedades liberales se vertebra a través de la lealtad a sus respectivas doctrinas generales; la cultura política pública liberal es un cauce educativo para que la adhesión de los ciudadanos a los valores que informan la sociedad liberal no se conciba como un postulado abstracto, sino que se vertebre en el ejercicio libre de un debate político en el que la posibilidad de defender y propagar las ideas del grupo al que se pertenece, se vea enriquecido con el debate de otras doctrinas generales y todo ello promueva la adhesión a un sistema que permite ese ejercicio libre de la ciudadanía, "así, -en palabras de Rawls- la lealtad ciudadana al ideal democrático de la razón pública se fortalece por las razones correctas" (2001,178; cfr, sobre las implicaciones y aspectos críticos de estas tesis, Pérez Luño, 2003, 621 ss.).

Robert Dahl ha acertado a compendiar la importancia de la cultura cívica para el ejercicio de los derechos de participación política en los que se cifra el contenido de la ciudadanía en los Estados de derecho contemporáneos. "Una de las necesidades imperativas de los países democráticos -nos dice Dahl- consiste en potenciar las capacidades de los ciudadanos para que puedan implicarse íntegramente en la vida política" (Dahl, 1999, 211). El contenido de los derechos de participación política que dimana de la noción explicativa de la ciudadanía, rehabilitadora de su función en las sociedades liberales, se vertebra en un proyecto concreto e histórico de cultura política cívica. Tal noción nada tiene que ver con la imagen, forjada desde premisas multiculturalistas y comunitaristas, de una ciudadanía liberal, abstracta e indiferente a los apremios de tiempo y de lugar, cuyas salpicaduras todavía padece el debate conceptual de la ciudadanía en el presente.

5.2. Sobre la titularidad de la ciudadanía: hacia una "ciudadanía multilateral"

Las tesis desde las que se ha denunciado la fragmentación actual de la ciudadanía han contribuido a promover la necesidad actual de un replanteamiento de cuanto concierne a su *titularidad* . Desde la propia génesis del concepto moderno de ciudadanía, que coincide con la formación del

Estado liberal, se ha venido produciendo una ampliación de sus formas de titularidad. No huelga recordar la exclusión de las mujeres, los menores, los analfabetos e indigentes de la titularidad cívica en las primeras versiones del Estado liberal, lo que representaba una negación de sí mismo. Los movimientos sociales y su inmediata incidencia en la decantación generacional del Estado de derecho han determinado la paulatina incorporación de esos grupos a la ciudadanía. Hoy el acceso a la titularidad de la ciudadanía se plantea, sobre todo, respecto a los extranjero e inmigrantes, siendo éste el gran reto abierto a la delimitación de su titularidad.

Una vez rota la ecuación entre ciudadano y nacional de un Estado, el concepto explicativo de la ciudadanía debe orientarse hacia una "ciudadanía multilateral", en el sentido anteriormente indicado (vid. *supra* n. 2.6). Se trata de avanzar una alternativa al modelo, hasta ahora vigente, de una "ciudadanía unilateral", entendida como vínculo político compacto y omnicomprensivo de todas la actividad participativa del individuo en el Estado. El fenómeno actual del desbordamiento político y jurídico del Estado en términos de "supraestatalidad" e "infraestatalidad", apoya ese desplazamiento de la ciudadanía hacia su versión multilateral. Así, por ejemplo, en el seno de la Unión Europea, pueden reconocerse y hacerse operativas hasta cuatro ciudadanías en sus Estados miembros con estructura federal o autonómica: la ciudadanía europea, la estatal, la federal o autonómica y la municipal.

La ciudadanía multilateral permitiría avanzar soluciones basadas en el pluralismo y la interculturalidad, tendentes a evitar el conflicto y la desintegración de los Estados multiculturales (Cortina, 1997; 2002; Lamo de Espinosa, 1995). Conviene no resbalar sobre el hecho de que en la Europa unida que se apresta a iniciar el curso del tercer milenio se plantee la reivindicación de derechos de determinadas minorías nacionales existentes en el seno de algunos de los Estados de la UE. En el marco de la Unión Europea, siguen existiendo colectivos étnicos que no se sienten parte de los Estados que conforman la Unión. Es notorio que existen bretones y corsos que no se sienten franceses; norirlandeses y escoceses que no se sienten británicos; catalanes y vascos que no se sienten españoles; lombardos y trentinos que no se sienten italianos; valones que nos se sienten belgas... pero, coetáneamente, otros miembros de esos mismos pueblos se sienten tales y, al propio tiempo, ciudadanos plenamente integrados en los Estados de los que esas minorías étnicas forman parte. La solución ideal consistiría en la creación de unos espacios políticos en los que todos esos individuos pudieran ver plenamente satisfechas sus aspiraciones cívicas. Lo que ocurre es que tal pretensión parece evocar la cuadratura del círculo, ya que, la satisfacción plena y simultánea de las aspiraciones de unos aparece como incompatible con las de los otros. Sin embargo, existe un principio de esperanza: todos

esos individuos, salvo casos extremos de un radicalismo étnico fundamentalista y violento, se sienten europeos. La ciudadanía europea puede ser el denominador común que permita, si no una solución definitiva de este grave conflicto, una vía tendente a conllevarlo.

Partir de la reformulación de la idea de ciudadanía me parece mas fértil que la de atender a las reivindicaciones nacionalistas radicales que esgrimen los derechos de los pueblos. Atender a tales reivindicaciones implicaría la creación de un mosaico de nuevos Estados en el seno de la Europa unida. Tal proyecto político parece desaconsejable en función de los siguientes argumentos:

1º) Porque supondría una fragmentación política y, en consecuencia, una rémora para la consecución del ideal integrador que preside la construcción de una Europa unida. Implicaría, por tanto, una deslealtad e incongruencia respecto al valor-guía de la integración europea. Parece incoherente que los mismos pueblos que desean abandonar la pertenencia a Estados integrados en Europa, salgan por una puerta de ella y pretendan entrar, acto seguido, por otra a la misma Europa formada por los Estados a los que no deseaban pertenecer. Todo esto evoca la imagen de un vodevil, aunque sus consecuencias podrían ser mas trágicas que cómicas.

2º) Porque, como se desprende del pensamiento kantiano, los cambios de fronteras constituyen siempre una amenaza si no para la paz perpetua, al menos para la paz estable.

3º) Porque la experiencia de algunos de los Estados surgidos en Europa tras el desmoronamiento del bloque del Este, ha mostrado la falta de tolerancia de los partidos políticos nacionalistas, una vez instalados en el poder, hacia las minorías étnicas y culturales subsistentes en esos territorios (vid. *supra,* n. 4.2).

Por todo ello, parece más oportuno explorar la vía de una *ciudadanía multilateral*. La ciudadanía es el concepto jurídico que vincula, de forma estrecha e inmediata, al individuo con la comunidad política. Constituye el nexo básico de pertenencia y participación en una comunidad política. Durante mucho tiempo se consideró que tal vínculo era único y exclusivo entre el individuo y el Estado. Todavía en 1932, en sus célebres y, en tantos aspectos, clarividentes discursos ante las Cortes de la República, abogaba Ortega por amputar del Proyecto de Estatuto catalán la expresión "ciudadanía catalana". Pensaba Ortega que el mantenimiento de la misma daría a algunos individuos de España dos ciudadanías, que les haría en materia tan delicada "coleccionistas" (Ortega y Gasset, 1983, 11, 468).

A la altura de nuestro tiempo, parece conveniente admitir e incluso propugnar ese "coleccionismo" de ciudadanías, o sustituir la *ciudadanía unilateral* por una *ciudadanía multilateral*. El modelo de ciudadanía multilateral

no sólo debería entenderse como la posibilidad de ser titular simultáneamente de varias ciudadanías, sino la posibilidad de ejercerlas con mayor o menor intensidad según los sentimientos de cada ciudadano hacia cada una de estas comunidades políticas. El éxito de tal iniciativa, como el de cualquier proyecto democrático, tiene como *conditio sine qua non* el fortalecimiento de la cultura política cívica. La formación y la madurez de los ciudadanos evitará que el ejercicio de la ciudadanía multilateral pueda degenerar en actitudes irreflexivas, arbitrarias o caprichosas.

La ciudadanía multilateral es un concepto que permite eludir los riesgos de privilegio y discriminación, aunque sea en su versión positiva, que evoca la idea de una ciudadanía diferenciada. Al propio tiempo, esta definición explicativa opera desde categorías jurídicas precisas y bien delimitadas, como lo son las propias nociones de ciudadanía municipal, autonómica o federal, y estatal o europea. No se trata, por tanto, de una propuesta conceptual de contornos nebulosos, imprecisos o difusos, sino de un método integrador para la articulación de modalidades de ciudadanía que ya se hallan consolidadas. Asimismo, la experiencia de los tratados de doble nacionalidad evidencia, que cuanto aquí se propone, no es una quimera ni una ensoñación utópica.

La cesión y, consiguientemente, erosión de la soberanía estatal que implica la pertenencia a la Europa unida (y que evidencia el sesgo anacrónico a las reivindicaciones soberanistas de determinados nacionalismos radicales), favorecerá la implantación de esa modalidad flexible y abierta que entraña la ciudadanía multilateral. También puede contribuir a su planteamiento y operatividad la progresiva apertura del sistema político europeo hacia formas de teledemocracia, que permitan conjugar la democracia representativa tradicional con experiencias de democracia directa participativa. La teledemocracia aparece hoy como un signo revitalizador del ejercicio de la ciudadanía acorde con las exigencias de la participación política en la era tecnológica, que contextualiza la titularidad, tutela y ejercicio de la ciudadanía en la hora presente.

Al declinar el año 2000, fue promulgada la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo Capítulo V se halla íntegramente dedicado a enunciar los derechos que dimanan de la ciudadanía europea. En la medida en que la integración de Europa consista en un movimiento ascensional, vertebrado sobre unos valores compartidos y un proyecto de desarrollo y convivencia común, será factible desnutrir y reabsorber las tentaciones nacionalistas hacia el particularismo y la fragmentación. No se trata de abolir las diferencias culturales que caracterizan a los distintos pueblos que habitan en los estados europeos, sino de ofrecerles un cauce de expresión que evite el conflicto y sea compatible con el proyecto integrador

de Europa. Cabe aventurar que la ciudadanía multilateral podría contribuir a ello. En todo caso, el paradigma de la ciudadanía multilateral debería proponerse, como meta última y definitiva, recuperar el proyecto humanista cosmopolita de la modernidad, que continúa vigente: hacer posible una *universalis civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundialis hominis* .

Bibliografía

Al-Farabí, A. N. (920): *La ciudad ideal.* Se cita por la traducción de Manuel Alonso Alonso. Presentación de Miguel Cruz Hernández. Madrid, Tecnos, 1985.

Arnaud, A.J. (1973): *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, París.

Bobbio, N.(1985)*:* "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en el vol. de N. Bobbio, G. Pontara y S. Veca, *Crisis de la democracia,* trad. cast. de J. Marfá, Ariel, Barcelona.

Basso, L. (1958): *Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano.

Beltrán Pedreira, E. (2002): "Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo", en el vol. col., a cargo de E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado justicia, derechos*, Alianza , Madrid.

Cicerón, M.T. (51a.C.): *De republica*, se cita por la ed. cast. a cargo de A. D`Ors, Gredos, Madrid, 1991.

Contreras Peláez, F.J. (1994): *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.

Contreras Peláez, F.J., (1998): "Tres versiones del relativismo ético-cultural" en *Persona y Derecho*, n. 38.

Contreras Peláez, F.J., (2001): "Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka" en el el vol., col. a cargo de F. J. Ansuátegui Roig, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson & Universidad Carlos III, Madrid.

Cortina, A. (1997): *Ciudadanos del mundo*, Alianza, Madrid.

Cortina, A. (2002): "Ciudadanía intercultural", en el vol. col., a cargo de J. Conill, *Glosario para una sociedad intercultural*, Bancaja, Valencia.

Dahl, R. (1999): *La democracia una guía para los ciudadanos*, trad. cast. de F. Vallespín, Taurus, Madrid.

De Carreras i Serra, F. (1999): "Lenguas: Democracia y libertad", en el vol., a cargo de A. Santamaría, *Foro Babel. El nacionalismo y las lenguas de Cataluña,* Altera, Barcelona

De Castro Cid, B.,(1995): "La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?", en *Derechos y libertades*, n.5.

De Lucas, J. (1992): *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías,* Tecnos, Madrid.

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

De Lucas, J. (2002): "El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo", en el vol col. *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, a cargo de Javier de Lucas, Tirant lo Blanch, Valencia.

Diderot, D. y D`Alembert, J. L.R. (1751/1765): *Artículos políticos de la "Enciclopedia*", ed. cast. a cargo de R. Soriano y A. Porras, Tecnos, Madrid, 1986.

Fariñas Dulce, Mª. J. (2000): *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson, Madrid.

Fernández García, E. (2001): *Dignidad humana y Ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson, Madrid.

Ferrajoli, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del mas débil*, Trotta, Madrid.

Ferrajoli, L. y otros, (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

Frosini. V. (1986): *L´uomo artificiale. Etica e diritto nell´era planetaria*, Spirali, Milano.

Fustel de Coulanges, D. (1996): *La ciudad antigua,* ed. cast. de C. García Gual, Edaf, Madrid.

Häberle, P. (1994): *Europäische Rechtskultur* , Nomos, Baden-Baden, 1994.

Häberle, P. (1996): "Derecho Constitucional Común Europeo", trad. cast. de E. Mikunda, en el vol. col. ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio,* Marcial Pons, Madrid.

Habermas, J. (1988): *La modernidad: un proyecto inacabado*, en su vol. *Ensayos políticos,* trad. cast. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona.

Habermas, J. (1989): *Identidad nacional y postnacional*. trad., cast., de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid.

Habermas, J. (1997): *Más allá del Estado nacional*, trad., cast., de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.

Heller, H. (1978): "Rechtsstaat oder Diktatur?", en la op. col. a cargo de M. Tohipidur, *Der bürgerliche Rechtsstaat,* Suhrkamp, Frankfurt a.M.

Jellinek, G. (1964): *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen.

Kant. I. (1793): "Ueber den Gerneinspruch: Das mag in der Theorie richüg sein, taugt aber nichtfür die Praxis", en *Kants gesammelte Schriften*, vol. VIII, Walter de Gruyter, Berlín, 1968 (existe trad. cast. de J. M. Palacios, M.F. Pérez y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986).

Kymlicka, W. (1989): *Liberalism, Community and Culture*, oxford University Press, Oxford.

Kymlicka, W.(1996): *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona.

Kymlicka, W. (2003): *Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad., cast., de T. Fernández Aúz, Paidós, Barcelona.

Lamo de Espinosa, E. (1995): *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Alianza, Madrid.

Laporta, F. (2001): "Inmigración y respeto" en *Claves de Razón Práctica*, nº 114.

Llano Alonso, F. (2002): *El humanismo cosmopolita de I. Kant*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid.

KYMLICKA, W.(1996): *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona.

MARX , K. (1843): "Zur Judenfrage", en *Marx-Engels Werke*, Dietz, Berlín, 1977, vol.1. (Existe trad. cast. en K. Marx, *Escritos de juventud*, ed. a cargo de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1982). Peces-Barba, G. (1978): *Libertad, poder y socialismo*, Civitas, Madrid.

NUSSBAUM, M. (1999): *Los límites del patriotismo*. *Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial*", Paidós, Barcelona.

ORTEGA Y GASSET, J. (1931): "Rectificación de la República" se cita por *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 11, 1983.

ORTEGA Y GASSET, J. (1932): "El estatuto catalán" se cita por *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol. 11, 1983.

PECES-BARBA, G. (1982): *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1981): "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 1.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1985): "Dimensiones de la igualdad material", en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 3.

PÉREZ LUÑO, A.E. (1993): *El desbordamiento de las fuentes del Derecho,* Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2001a): "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en el vol. col., a cargo de G. Peces-Barba y E. Fernández, *Historia de los derechos fundamentales***.** T. II, Siglo XVIII, vol. II, *La Filosofía de los derechos humanos,* Dykinson, & Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2001b): "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en el vol., col. a cargo de F. J. Ansuátegui Roig, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson & Universidad Carlos III. Madrid

PÉREZ LUÑO, A.E. (2002a): *La universalidad de los derechos y el Estado constitucional*, con Prólogo de L. Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2002b): *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica,* en col. con A. Cabrera, R. González-Tablas, Ruiz del la Cuesta, Tecnos, Madrid, 2ª ed.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2002c): *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica, 8ª ed., 3ª ed. en Mergablum, Sevilla.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2003): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 8ª ed

PÉREZ LUÑO, A. E. y CONTRERAS PELÁEZ, F. (2001): "Kant y los derechos humanos", *Historia de los derechos fundamentales***.** T. II, Siglo XVIII,vol.II, *La Filosofía de los derechos humanos,* Dykinson, & Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.

RAWLS, J. (1993): *Political Liberalism,* Columbia University Press, New York,, p. 146 (existe trad., cast., de A. Domech, Crítica, Barcelona, 1996).

RAWLS, J. (2001): *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"*, trad. cast. de H. Valencia, Paidós, Barcelona.

RIVERO YSERN, J. L. (1993): *Manual de Derecho local*, Civitas, Madrid, 2ª ed.

SARTORI, G. (2001): *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros,* Taurus, Madrid.

SMEND, R. (1985): "Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán", en su vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. cast. de J. M. Beneyto, Centro de Estudios Consitucionales, Madrid.

TOYNBEE, A. J. (1970): *Estudio de la Historia*, trad. cast. de L.A. Bixio, Alianza, Madrid, vol.I.

VECA, S. (1990): *Cittadinanza*, Feltrinelli, Milano.

VI GIL, E. (1990): "Las paradojas de la democracia" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 7.

WALZER M. (2001) "El concepto de "ciudadanía" en una sociedad que cambia", en su vol. *Guerra, política y moral*, ed. cast. de R. Grasa, Paidós, Baracelona.

OTRA VUELTA DE TUERCA EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SUS MISERIAS

Xacobe Bastida Freixedo
Universidad de Oviedo

Este trabajo tiene como objeto denunciar una impostura. Lo cual implica que habrá que mostrar dónde está la impostura y en qué consiste la denuncia. La tesis básica es la siguiente: el patriotismo constitucional *español* (el que construye el discurso político y académico en España) no tiene nada que ver con el patriotismo constitucional en su formulación habermasiana -hasta aquí la impostura- a pesar de que sus mentores, por motivos interesados e ideológicos, intenten traer causa de ésta -hasta aquí la denuncia-. Antes de transitar todo este camino, y con el fin de facilitarlo, es conveniente comenzar con labor de desbroce. Hagamos un poco de teoría.

El concepto de nación incorpora, constitutivamente, dos pulsiones contradictorias que habrán de explicar muchos de los malentendidos y falsas controversias del debate acerca del nacionalismo. En efecto, la nación posee, ya desde su irrupción en el ámbito de las Ideas, dos momentos; el uno tiende a lo particular, el otro propende a lo universal. El primero valora lo distintivo e incluye dentro de sí todo aquello que sirve de elemento de integración y de cohesión en el grupo. Puede parecer paradójico que la valoración de lo distintivo y la integración sirvan conjuntamente para delinear un mismo contorno. Sin embargo, no es así. Y ello porque el concepto fundamental que maneja este momento es el de identidad. La identidad, como ha subrayado Hobsbawm (1994: 5), se desenvuelve en un contexto de referencia negativo. La identidad tiene siempre como elemento determinante la concesión de prioridad indiscutible a una concreta pertenencia característica construida sobre la exclusión de todos aquéllos que carecen de este estigma que es considerado pertinente para establecer la cesura entre dos o más categorías que, o bien resultan incompatibles, o se encuentran en relación de subordinación, pero que, en cualquier caso, jamás tienden a la conmixtión, pues en su misma génesis radica el antagonismo esencial que

las caracteriza. La construcción tipológica a que da lugar el concepto de identidad, entonces, se plasma conforme a un patrón proyectivo que dibuja su sombra a la vez que se yergue. *Nosotros*, decimos para caracterizarnos como parte de un grupo -y esto nos identifica-. *Nos*, los *otros*, debiéramos decir para resaltar que esa identificación se da siempre a costa de una diferenciación. La integración, entonces, se produce por distinción. Desde esta perspectiva, la identidad, igual que la conciencia -conceptos que, por cierto, están mutuamente implicados- tienen una dimensión, que nos perdone la cohorte analítica, genuinamente dialéctica.

El otro momento característico de la nación, el que valora lo común, predica la igualdad entre los considerados nacionales; esto es, reconoce la relación paritaria de los -a partir de ahora llamados- ciudadanos. Ciertamente es este momento el que define a la nación como concepto moderno; es su estigma fundacional. Si prescindimos de él y nos ceñimos al primero de los momentos nos encontraremos con un concepto lisiado y, en cierta medida, mentiroso. Como cualquier concepto que surge al hilo de una evolución histórica, la nación es resultado de fenómenos previos, pero también adelanto de resultados nuevos. Si sólo vemos la nación como producto -que sin duda es- de la necesidad de cohesión intergrupal nos perderemos lo específico que de hecho tuvo su surgimiento e incumpliremos aquella máxima de Marx, don Carlos le llamábamos nosotros, que afirmaba el cambio de cualidad que se experimentaba con un cambio de cantidad. Ciertos enfoques historicistas caen en esa perversión (A. Hastings 2000) y con ello ven en toda agrupación y sentimiento comunal el origen de la nación. En Mesopotamia no había lucha de clases por la sencilla razón de que no había clases -lo que no quiere decir que no existiese explotación-; entre los kwiatl no existe aprovechamiento de la plusvalía, no porque no haya gente que se sirva del resultado del trabajo ajeno, sino, sencillamente, porque en su mundo no existe nada que se pueda englobar como trabajo asalariado. La interpretación de todo acontecimiento como protofenómeno de una estructura posterior que sirve para explicarlo es un resabio de la metafísica hegeliana, muy cara a los marxistas, que sirve para ajustar un afán teleológico no siempre inocente -un ejemplo de esta metodología torticera y providencialista la encontramos en *España frente a Europa*, de G. Bueno (1999)-. La componente democrática que incorpora el concepto de nación -es nacional todo aquél que está sometida a unas mismas leyes, decía Sieyés- no es un simple añadido a un sentimiento de cohesión comunitaria, sino que representa un giro conceptual, un corte epistemológico, por decirlo con Bachelard, que debe ser tenido en cuenta.

Claro que el error inverso, el que hace de este momento igualitario el único representativo de la nación, olvida que los conceptos ni surgen de

la nada, ni operan en el vacío. De la misma forma que Ihering denunció a aquéllos que veían en el derecho un simple orden de paz -omitiendo que, genéticamente, el derecho implicaba una lucha constante-, aquí se advierte contra el despropósito que significa omitir la parte funcional -aunque irreflexiva- del concepto de nación y que viene dada por el sentimiento de pertenencia a un colectivo. Nos preguntamos si, conjuntamente, la conversión del primer dato cohesivo en un rasgo axiológico, y no meramente ontológico -tal hace el comunitarismo- y la omisión de ese dato mismo, acentuando hiperestésicamente el segundo -ese es el cuño de los llamados liberales- han impedido el desarrollo de un debate sano acerca del concepto de nación. Pero no tenemos por qué elegir entre el providencialismo y la amnesia. Aunemos las dos notas y digamos que la nación es una solución nueva de un problema viejo.

El Hombre, desde el siglo IV antes de Cristo lo hemos escuchado, es un animal político, un animal social. Pero esa propensión natural del hombre necesita cauces para poder canalizar lo que en principio es sólo pulsión instintiva. El Hombre precisa de instituciones que den forma a esa tendencia integradora. Ese es el problema viejo. El totemismo, las fratrías, la religión o la nación, son instituciones que han intentado solucionarlo. En efecto, en lo que toca al paralelismo con la religión y como pone de manifiesto Durkheim (1993), la sociedad crea a los dioses no para adorarlos, sino para adorarse a sí misma por mediación de aquéllos: "Si se borra de las mentes individuales la idea de la sociedad, si las creencias, las tradiciones y las aspiraciones de la colectividad dejan de ser sentidas y compartidas por los particulares, la sociedad morirá (...) La divinidad sólo tiene realidad en la medida en que ocupa un lugar en las conciencias humanas, y ese lugar somos nosotros quienes se lo otorgamos" (1993: 550). Los dioses no pueden prescindir de sus fieles. El fenómeno religioso no es, como pretendió cierta literatura marxista, una narcosis crónica con la que la humanidad habría delirado durante milenios. El culto religioso tiene por efecto la recreación periódica de un ser moral que depende de nosotros tanto como nosotros dependemos de él. Nos referimos a la sociedad. Pues bien, la nación opera de igual forma. Se construye la nación por idéntica necesidad de recreación social. Todos los ritos que encarnan la construcción nacional ponen en movimiento a la colectividad y los grupos se reúnen para celebrarlos. Su primer y más importante efecto es acercar a los individuos, multiplicar y hacer más íntimos los contactos entre ellos para hacer así posible la acción conjunta. Ésta es la verdadera relación entre la religión y la nación -el ser vehículos de cohesión- y no, como suele afirmar la beatería socialdemócrata, el que ambos conceptos sean un nicho de pensamiento metafísico en el que yacen

la superchería, el fundamentalismo, la violencia y la intolerancia (F. Ariel del Val 1993: 40-41; J. Mª Bandrés 1988: 72).

Pero, a la par de su socialidad, el Hombre tiene también una pulsión disgregadora: desafía constantemente las reglas por las cuales se rige la comunidad -esto es, el Hombre *es* también un animal profundamente antisocial-, y por ello precisa de instituciones de legitimación. Aquí la nación incorpora un elemento novedoso, cual es el predicado de radical igualdad entre sus miembros. Tanto las llamadas teorías liberales de la nación -o francesas, o modernistas u occidentales, según el autor que elijamos- como las románticas -o germanas, o primordialistas, u orientales- han reconocido este factor como el determinante de la delimitación nacional, aunque, desde luego, lo han engastado de diferente manera en el seno de sus construcciones teóricas. Siguiendo el paralelismo que hemos establecido previamente, la integración que procede de la religión, y en contra de un lugar común bastante extendido hoy entre cierta intelectualidad que ve en la igualdad trascendente de las almas un embrión igualitario que luego eclosionará en la democracia actual, no presupone la igualdad de sus miembros sino a un nivel teológico, metafísico. La igualdad religiosa es igualdad ante dios, no igualdad política o social. Por el contrario, la institución nacional, que surge tras la periclitación de la legitimación monárquico religiosa y que cubre el espacio político que aquélla deja vacante, afirma la igualdad de los sujetos que la componen. No en vano la nación aparece como portadora de la soberanía. El contexto de pertenencia que antes era definido con criterios prepolíticos queda sustituido por una comunidad democrática de voluntad basada en la igualdad que genera el estatus ciudadano.

Así pues, para tratar cabalmente sobre el concepto de nación se precisa conjugar los dos elementos que constitutivamente han sido determinantes de su aparición: el integrativo y el legitimador igualitario. Ambos están en pugna, pero se necesitan mutuamente. Muchos autores han destacado esta genealogía dúplice de la nación que intenta conjugar los elementos básicamente irracionales de la identificación comunitaria con los factores racionalistas de la legitimación igualitaria. Habermas está entre ellos.

En efecto, Habermas habla de dos elementos que conforman el plexo de la institución nacional. El primero, al que denomina *conciencia nacional*, es una magnitud prepolítica caracterizada por la creación de vínculos solidarios basados en datos indisponibles a la voluntad del hombre. Es, en palabras de Habermas, "un fenómeno de integración cultural" (1998: 621) que suple a la red de lazos de tipo estamental establecidos previamente. La tradición, la lengua la cultura y el destino histórico compartidos serán los factores que le sirvan de aglutinante. En efecto, para Habermas, en línea con los autores que A. Smith (1976) denomina modernistas -el ejemplo más

destacado e influyente es el E. Gellner (1988)-, el nacionalismo es una forma específicamente moderna de identidad colectiva. Tras la ruptura con el *Ancien Régime*, y con la disolución de los órdenes tradicionales de las primeras sociedades burguesas, los individuos se emancipan en el marco de las libertades ciudadanas abstractas. La masa de los individuos así liberados se torna móvil, no sólo políticamente como ciudadanos, sino económicamente como fuerza de trabajo, obligados al servicio militar y también culturalmente sujetos a una educación escolar obligatoria que aprende a leer y a escribir y se ven arrastrados así por el remolino de la comunicación y la cultura de masas (Habermas 1989: 89).

El segundo, el elemento que Habermas llama *mentalidad republicana*, es aquel que aparece con la Revolución Francesa y que opera sobre la base de la conciencia nacional transformándola en un tipo de identidad política de cuño democrático. Así, la nación de ciudadanos que produce la mentalidad republicana encuentra su identidad no tanto en rasgos comunes de tipo étnico-cultural como en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación (Habermas 1998: 622). Nótese que no existe enfrentamiento fundacional entre estos elementos, tal pretende gran parte de la literatura que aborda el nacionalismo basándose en un Renan mal entendido -sirva de ejemplo A. Finkielkraut (1990)-, sino un aprovechamiento del primero por el segundo. No es posible que surja una mentalidad republicana -un reconocimiento de la igualdad subyacente en todos los ciudadanos- sin que previamente haya existido un modelo que, lejos de operar con la sola idea de pertenencia a una organización funcionalmente especificada, incida en que la autonomía política es un fin en sí que nadie puede realizar solo, persiguiendo privadamente sus intereses, sino que ha de realizarse por todos en común mediante la vía de una praxis compartida intersubjetivamente (Habermas 1998: 627). Como en tantas ocasiones en el terreno de las ideas, no se construye *ex novo*, sino aprovechando cimientos que ya han demostrado su solidez: "El nacionalismo mediado por la conciencia histórica y por el romanticismo (...) fundó una identidad colectiva que resultó funcional para el papel de ciudadano surgido en la Revolución Francesa (...) lo uno se convierte en vehículo del nacimiento de lo otro" (Habermas 1998: 623); "La invención del pueblo-nación tuvo un efecto catalizador para la democratización del poder estatal, pues una base para la legitimación de la dominación política no hubiera surgido sin conciencia nacional" (Habermas 1997: 176). De la nacionalidad adscrita propia de la conciencia nacional pasamos a la ciudadanía adquirida, democráticamente constituida. Claro que este paso, como queda dicho, no representa una absorción de la conciencia nacional por la mentalidad republicana. Ambos elementos se "entrejuntan y ensamblan" sin que por ello podamos hablar

de mixtificación: "El Estado nacional había fundado, pero sólo transitoriamente, una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*. Pero conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional" (Habermas 1998: 623). De hecho, la mayor parte de los conflictos que hoy genera la cuestión nacional -sobre todo desde un punto de vista teórico- surgen de un enfrentamiento entre ambas componentes de la nación.

En situaciones de normalidad la instancia integrativa y la legitimadora se compenetran. El problema surge cuando una de ellas adquiere una preeminencia excesiva. El exceso en la conciencia nacional desemboca en el fundamentalismo autocomplaciente; el énfasis en la mentalidad republicana puede conducir a una fragmentación social que haga inoperante a la sociedad misma. En palabras de J. M. Rosales, "todo orden político para mantener su credibilidad, cualquiera que sea su signo, no puede prescindir del respaldo legitimador de la lealtad patriótica de sus súbditos o ciudadanos" (1997: 52). Pues bien, el problema que denuncia Habermas (1989: 90; 1991: 225) en la Alemania finisecular es que el latido patriótico que refleja el deseo de poder político de la nación -la conciencia nacional- ha anulado el otro factor de construcción nacional que afirma la libertad y la autodeterminación política cristalizadas en la democracia -la mentalidad republicana-. En Alemania, desde 1848, "el nacionalismo ha venido medrando a costa del republicanismo (...) Se ha convertido en un mofletudo y cachazudo nacionalismo de marco alemán" (Habermas 1991: 226, 289).

Para conjurar una situación tal y ante la inminente reunificación de Alemania -lo cual implica la creación de un discurso nacional que genera a la nación misma (X. Bastida 1998: 151 y ss.)- Habermas propone, recogiendo la definición de D. Sternberger un *patriotismo de la constitución* para equilibrar ambas componentes. Este patriotismo constitucional consiste en la creación de un sentimiento de pertenencia a una comunidad asentado sobre la adhesión a los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos que recoge la Constitución. Conviene resaltar que los dos conceptos de la construcción obedecen a la necesidad de recuperar paritariamente aquellos dos elementos característicos de la formación nacional: se habla, por un lado, de *patriotismo* para recoger la conciencia nacional y, por otro lado, se habla también de *constitución* para asimilar la mentalidad republicana. De la misma forma que Habermas propugna una conjunción entre soberanía popular y derechos humanos para establecer un criterio de legitimidad política (2000: 150) -es decir, una mezcla de la irracionalidad latente en la tiranía del número y de la racionalidad subyacente en el reconocimiento de ciertos valores objetivados- se propone aquí una construcción similar en la que se alterna lo emotivo y lo racional como partes indispensables para lograr una legitimidad del sentimiento nacional. Se trata de armonizar la "nación naci-

da" que opera de elemento de integración social y la "nación querida" que actúa como factor de legitimación democrática (Habermas 1997: 178-179).

Comoquiera que la conciencia nacional concentrada "en el amor de la patria y a la lengua materna, en la cohesión prepolítica del pueblo alemán" (Habermas 1991: 226) había adquirido una preponderancia sobre el elemento republicano, al punto de que el mensaje del universalismo de las libertades iguales para todos y del igual respeto por todos se había convertido en una "abstracción exangüe", se hace necesaria una construcción que, sin perder la capacidad aglutinante de lo primero, haga hincapié en esto segundo. Y esto no sólo por la componente democrática que incorpora, sino porque, en el caso alemán, fundar un nacionalismo apoyado exclusivamente en la conciencia nacional -en los datos que proporciona la historia y la tradición- resulta especialmente complicado. La "confianza ingenua en las propias tradiciones" (Habermas 2000: 46) no es posible allí donde, por mor de la memoria más reciente, la ingenuidad es sinónimo de cinismo monstruoso o de directa complicidad. El recuerdo del "bárbaro lado nocturno", el intento de superar las "dos dictaduras alemanas" (Habermas 1989: 94; 1997: 71), propician el intento de creación de una identidad política posnacional que se disocie del trasfondo de un pasado explicado en términos de Historia nacional y que se centre en el "contenido universalista de una forma de patriotismo cristalizada en torno a los principios del Estado constitucional democrático" (1989: 94). De esta manera es posible alejarse del compromiso con una conciencia histórica que no puede servir de fundamento a convivencia alguna, pues permanece ciega a la profunda ambivalencia de toda tradición. Así las cosas, y en aras de una "normalización alemana" (Habermas 2000: 44), Habermas estima la posibilidad de establecer un patriotismo de la constitución en la República federal basándose en la "disponibilidad a identificarse con el orden político y los principios constitucionales" (1989: 94) como solución a la complicada formación de una identidad alemana que ha de prescindir de la referencia al pasado por constituir éste un baldón en la memoria histórica que forzaría una ruptura radical con el continuismo representado por la versión tradicional de la comunidad.

En suma, lo que propone Habermas es construir un concepto de nación alemana de raigambre eminentemente politicista -en el sentido de libre adhesión a ciertos valores (X. Bastida 2002: 135 y ss.), no en el sentido bárbaro que le imprime A. de Blas (1984, 1989) y con él la práctica totalidad de los, *soi dissant*, teóricos españoles del nacionalismo- alejado de la fundamentación basada en razones objetivas y en tradiciones incuestionadas.

Hasta aquí la exposición sucinta de las claves de la teoría del patriotismo de la constitución habermasiana y del ámbito en el que se desarrolla. Veamos ahora la pertinencia o no de su importación a nuestros lares.

Porque es lo cierto que, en España, sobre todo a partir de una ponencia del Partido Popular en su XIV Congreso (2002) -aunque desde luego, en el plano académico ya había sido introducido antes- el patriotismo constitucional se ha instalado en el debate político y en la terminología publicística. Hoy ya es un concepto pacífico del que el españolismo parte para aclarar su postura ante la cuestión nacional. Llama la atención que la reivindicación del Partido Popular del patriotismo de la constitución no ha despertado en la práctica totalidad de los partidos de la oposición sino un juicio crítico acerca de la "patrimonialización" del concepto por parte de los populares. Esto es, todos hacen suya la doctrina habermasiana, lo único reprobable es que alguien la adopte como teoría partidista cuando debiera ser, al parecer, logro colectivo.

La importación de una construcción tal ofrece ventajas indudables. Para empezar, se recaba el argumento de autoridad. Algo que, por otra parte, no es nuevo en estos menesteres de la construcción nacional. Allá por 1978, en pleno debate constitucional acerca del problema de las nacionalidades, un artículo periodístico de M. García Pelayo en el que criticaba la utilización del concepto de nacionalidad en el artículo 2º fue utilizado de manera indiscutida -tal era su prestigio- por los constituyentes para aclarar la interpretación auténtica, en el sentido jurídico, de dicho concepto. Aquí, de igual modo, la mera alusión a Habermas -auténtico filósofo de guardia al que acudir en todo avatar occidental; qué más da, don Friedrich, que dios haya muerto si ya tenemos a Habermas- proporciona una garantía de éxito argumentativo -algo que, dicho sea de paso, contravendría las reglas procedimentales del discurso habermasiano-. En segundo lugar, la construcción es especialmente apta para lograr una solución de compromiso. La alusión a la patria satisface los apetitos del nacionalismo españolista tradicional -la patriótico, dirá por todos Sánchez de León (1978: 162), nunca puede ser reaccionario- que ve en el término la recuperación de un espíritu muy caro a su linaje. Pero, al tiempo, la alusión a la *Constitución* provee a los nacionalistas españoles más moderados del bálsamo con el que aliviar su prurito retrógrado, pues la Constitución -quien no la vea así no está en este mundo, o al menos en este Estado- es sinónimo directo de convivencia, pluralismo, tolerancia, etc. La Constitución cede parte de su *maiestas* democrática a una Patria que, *do ut des*, fortalece emotivamente a la Constitución. De esta forma se le lava la cara al patriotismo y se matricula en un gimnasio a la Constitución. Limpio y musculado, nuestro concepto ya puede lucirse en el mundo de la política. En tercer lugar, la coyuntura histórica en la que surgió en Alemania el patriotismo de la constitución era extremadamente parecida a la actual situación en España. En ambos países -en España es una cuestión atávica, es parte de nuestro folclore político- se planteaba la cuestión acerca de la mejor

articulación nacional. También en ambos países el nacionalismo de Estado había dejado una memoria sangrienta, de tal modo que intentar fundar una nación sobre su pasado y su tradición era, en terminología penalista, una tentativa inidónea. El optimismo universalista, por decirlo con P. Gomberg (1994: 536), de la construcción habermasiana y la delicadeza con la que soba al pasado son características que propiciaron su adopción.

Ahora bien, nada de lo dicho hasta ahora constituye una crítica propiamente dicha. Simplemente se ha aludido a la proximidad de situaciones reales, a la utilidad que representa una solución de ese calibre y a la garantía que en última instancia representa la solvencia de la paternidad teórica. Nada hay de malo en importar una teoría foránea. Como decía Ortega, el casticismo es un barbarismo en la dimensión temporal. Lo que sucede es que no se ha importado con certificado público de compra: el patriotismo de la constitución se ha introducido de contrabando, no ha pagado las tasas de la crítica y, como suele pasar en estos casos, la mercancía ha llegado defectuosa. De hecho sólo ha llegado la carcasa. Veamos ahora lo que se ha quedado por el camino.

En primer término, la relación con el pasado que establece la teoría de Habermas y su sucedáneo hispano no es la misma. El filósofo alemán, en la conocida "polémica de los historiadores", intermedia entre el seguimiento ciego de la tradición y la moralización autocomplaciente (2000: 45) acudiendo a la memoria crítica: "No podemos buscarnos nuestras propias tradiciones, pero sí que debemos saber que está en nuestra mano el decidir cómo podemos proseguirlas (...) Pues toda prosecución de la tradición es selectiva, y es precisamente esta selectividad la que ha de pasar hoy a través del filtro de la crítica, de una apropiación consciente de la propia historia" (1989: 121). Con el patriotismo de la constitución la identidad colectiva encuentra sus límites en los postulados de universalización de la democracia y los derechos humanos, pero no se renuncia a la forma de identidad nacional formada a través de la conciencia histórica: "El mismo contenido universalista habrá de ser en cada caso asumido desde el propio contexto histórico y quedar anclado en las propias formas culturales de vida. Toda identidad colectiva, también la posnacional, es mucho más concreta que el conjunto de principios morales, jurídicos y políticos en torno a los que cristaliza" (1989: 118-119). Así pues, aunque el patriotismo constitucional ha de nutrirse forzosamente de la herencia de la tradición cultural -"las tradicionales nacionales siguen acuñando todavía una forma de vida que ocupa un lugar privilegiado" (Habermas 1989, 102)- debe cambiar el punto central de la legitimación colectiva: necesita pasar de su situación en la conciencia e identidad nacionales a una sede más abstracta, la de la universalización de

la democracia y de los derechos humanos. Es ahí donde deben refractarse los rayos de las tradiciones nacionales de la propia nación.

La clave de la memoria crítica parte de la necesidad de pasarle cuentas a la historia y a la tradición. Si tradición significa la prosecución aproblemática de algo que otros han iniciado y hecho por nosotros, se precisa un contraste crítico que opere a modo de beneficio de inventario generacional. En opinión de Habermas, la tradición no adquiere legitimidad por el hecho de transmitirse generacionalmente; no cabe consistencia en esa transmisión y no puede acreditarse por la certificación de ese pedigree traditivo. Lo contrario sería una lamentable confianza antropológica que, en el caso de Alemania, quedó destruida con la cámara de gas (1989: 113). La memoria es pues necesaria. Pero no basta con eso. La comprensión de un fenómeno no ha de confundirse con la asunción del mismo. Por eso Habermas también se alerta ante una exposición puramente narrativa de los sucesos históricos y patrocina una explicación teorética y racional de los mismos. La explicación lineal, positivista, de la historia corre el peligro de desembocar en un "desagravio gratuito" (Habermas 2000: 44). En efecto, la distancia acrítica y en principio objetiva que el historiador adopta al respecto de la realidad pasada redunda en una especie de pesimismo antropológico fatalista que, lejos de servir como patrón de enjuiciamiento de los hechos, los absuelve. La consideración "científicamente distanciada" pasa por una supuesta neutralidad que "pretende colocarse lisa y llanamente en la situación de los participantes con el fin de entender a los actores y sus acciones a partir de su propio contexto" (Habermas 1989: 112), con lo que se pierde de vista el entramado de relaciones, el "plexo fatal" del período en su conjunto. En palabras de Habermas, "el modo que tenemos de afrontar las cuestiones de imputación de responsabilidades no depende sólo de los hechos, sino también de nuestra forma de mirar estos hechos" (2000: 54). No existe inocencia en la mirada. Más aún, es la forma de mirar la que determina tanto lo observado como la atalaya del observador: "la forma en que, en esa mirada retrospectiva a la historia, veamos distribuida la culpa y la inocencia refleja también las normas según las cuales estamos dispuestos (...) a respetarnos mutuamente" (2000: 54). En suma, los dos elementos que conforman esa memoria crítica son, en primer lugar, la recuperación del pasado -esa es la memoria-y, en segundo lugar, la actualización del pasado mediante una visión de conjunto -esa es la crítica-.

Pues bien, estos dos elementos son eludidos -bien conjuntamente, bien cercenando uno de ellos- por la aplicación política española del patriotismo de la constitución. A la hora de afrontar la relación con el pasado -y esto es algo que nace en el proceso constituyente de 1978- se prefiere el olvido ignominioso de la historia más reciente -pues ignominiosa fue esa historia- en

aras de una reconciliación nacional, de un sano enterramiento de odios que desunen más que enlazan, de un apaciguamiento de sentimientos viscerales que nos alejarían de la concordia... Por eso -esa es la estrategia favorita de la derecha por razones obvias, aunque no es la única en adoptarla- se prefiere construir el nuevo sentimiento patriótico con base en la amnesia, en la ineptitud de la tabla rasa. A esto responde la negativa sistemática del PP a la hora condenar parlamentariamente el golpe franquista, el cicatero reconocimiento de los derechos de los militares republicanos, las trabas a cualquier tipo de investigación que intente certificar los desmanes cometidos en las represalias de la posguerra, la generosidad política con la que se trata a ciertos personajes que se acostaron fascistas y con las manos manchadas de sangre y se levantaron demócratas e impolutos, etc. Por decirlo con términos de la ponencia "El patriotismo constitucional", leída en el XIV Congreso del PP y debida J. Piqué y Mª San Gil, "las nuevas generaciones no se merecen que esos nuevos retos [democráticos] sean abordados con viejas ideas, con viejos prejuicios y agravios, con viejas historias". Una vez enviado el pasado al geriátrico nada obsta para una construcción nacional con la lozanía de lo impúber. *Enterremos odios*, es la consigna. Emblema de un cinismo insoportable si tenemos en cuenta que fueron los odios de los indultados por obra y gracia del olvido munífico los que sirvieron para enterrar a mucha gente. Así pues, la memoria habrá que dejarla para los opositores a notaría y alejarla de la construcción del sentimiento cívico ciudadano.

Por otra parte, la faceta crítica del pensamiento de Habermas también es mutilada. Y ello porque en las pocas ocasiones en las que se acomete un ajuste de cuentas con la Historia -muy concretamente con el período franquista- los personajes parecen pasar por ella con una especie de inocencia de autómata, como si lo que hicieron no fuera fruto de una voluntad, sino servidumbre de una inercia política. Ese es el peligro de la empatía que denuncia Habermas (1989: 112; 1991: 211 y ss.; 2000: 46) -antes lo había hecho G. Lukács (1968)- que acecha siempre en ese estilo puramente narrativo de la historia. Claro que esta visión *naif* de la historia, curiosamente, sólo suele ser aplicada cuando se trata de justificar a los vencedores, a los que han prevaricado con éxito, a los impostores triunfantes. Porque la otra faceta de la mutilación de la memoria consiste en el recuerdo distorsionado y avieso de los esfuerzos del antifranquismo. J. I. Lacasta ha dedicado un capítulo de su excelente libro *España Uniforme* a criticar esta estrategia y a él me remito (1998: 262 y ss.). La indulgencia y permanente *contextualización* con la que se trata al pensamiento filofascista no tienen lugar cuando se trata de los personajes que lo combatieron. Aparecen en este último caso acusaciones constantes -e injustas- de stalinismo, fundamentalismo marxista, totalitarismo, etc. En palabras de Lacasta, esta actitud "es el producto de

un fenómeno más vasto que se caracteriza por la sistemática destrucción de la memoria antifranquista, por una mutilación cultural, se mire por donde se mire, de nuestra propia historia que es -o debería ser- patrimonio de toda la ciudadanía española (...) Y la deformación de lo acontecido no es el menor servicio de la "corrección" española a la amnesia colectiva del antifranquismo" (1998: 281). Así pues, frente a la recuperación crítica del pasado que propone Habermas nos encontramos aquí bien con un olvido crónico, bien con un recuerdo interesado y acrítico. Pero, confiemos en los clásicos: *Memoria capta feros victores cepit*. Tal vez llegará el momento en que la memoria vencida se apodere de sus vencedores.

En segundo término, el sustrato real de la ciudadanía en relación con la cuestión nacional no sólo no es la misma en Alemania y España, sino que es opósita por diámetro. Esto es, la realidad sociológica en la que se inscriben uno y otro patriotismo es antagónica. En la Alemania previa a la unificación de 1989 existía un acuerdo social acerca de la necesidad de unión en torno de una misma constitución -"una expresión inequívoca de la voluntad nacional de reunificación" (Habermas 1991: 225)-. De hecho, en un sentido estricto, en Alemana no existía cuestión nacional, si por esta expresión entendemos las discrepancias que surgen en un Estado acerca de qué se considera una nación. Los desacuerdos existentes estaban relacionados con el tipo de unión, no con la unión misma, ni con la consideración nacional uniforme que se alcanzaría con dicha unión. Cosa muy otra acontecía y acontece en España. En el estado español -y esto se puso de manifiesto ya desde los debates constituyentes y se confirma periódicamente en las elecciones autonómicas y en el debate político cotidiano- no existe una voluntad unánime en lo tocante a la unidad nacional. Que España sea Una nación y que los ciudadanos del Estado español se consideren integrantes de esa nación -ese era el presupuesto sociológico en Alemania- es una idea nada pacífica (en muchos sentidos) por nuestros lares. En efecto, la nación española entendida como correlato del Estado no suscita una adhesión tal que permita hablar del consenso ideológico necesario para establecer una conciencia nacional común -y ya vimos cómo la *conciencia nacional* operaba de sustrato en la *mentalidad republicana*-. Por decirlo con la terminología de G. Mosca (1982: 192-193), la unidad nacional de España no es parte de la *fórmula política*, esto es, no se integra en el arsenal de doctrinas y artículos de fe reconocidos por todos e incuestionados en la sociedad y que son necesarios para legitimar la necesidad de gobernar y requerir obediencia. O, por utilizar esta vez la teorización de Habermas (1988: II, 178), la unidad nacional no se incluiría entre las significaciones sociales que consolidan y cohesionan a la sociedad; no formaría parte del *mundo de la vida*, de ese conjunto de convicciones de fondo aproblemáticas, de esos supuestos y prejuicios pre-

rreflexivos que todo miembro del grupo social supone garantizados y desde el cual se forma el contexto de los procesos de entendimiento. En síntesis, mientras que en Alemania la unidad nacional era uno de los presupuestos de legitimación de toda acción política, en España era, y es, un impedimento de esa legitimación.

En tercer término, y esto está directamente vinculado con el punto anterior, la articulación del patriotismo constitucional se concibe de manera opuesta en la versión de Habermas y en su importación hispana. Y ello por dos motivos. El primero incide en el diferente carácter asignado a la voluntad en el proceso de formación nacional. El segundo en el entendimiento del concepto de *constitución* al que se alude en la construcción "patriotismo de la *constitución*". Vayamos por partes.

El patriotismo constitucional habermasiano maneja el concepto de nación política y desemboca en la defensa de un nacionalismo cívico. Por nación política hay que entender -para no caer en ciertos despropósitos teóricos- toda aquella nación que utiliza como clave fundamental de construcción nacional la voluntad de los miembros que la componen -y no toda aquella nación que parta de la preexistencia de un Estado, como pretende la doctrina dominante-. A la inversa, por nación cultural hay que entender toda aquella nación que se sirve de elementos objetivos, ajenos a la voluntad de los miembros de esa nación, para lograr la construcción de la nación -y no toda aquella nación que carezca de Estado y aspire a él-.

Pues bien, si esto es así, decía, la teoría de Habermas se inscribe claramente en la línea politicista, en aquélla que incidía en la voluntad de los miembros como elemento determinante de la definición nacional. Con un tenor un tanto evangélico dice Habermas que "la República sufre quebranto si la fuerza integradora de la nación se hace derivar de algo dado prepolíticamente, de un hecho independiente de la formación de la voluntad política. Una nación naturalizada de esta suerte, tiende a neutralizar y eliminar por vía de homogeneización las contingencias históricas en la composición de la comunidad consolidando y dotando así del aura de lo de siempre y de lo cuasi-natural a los límites que a esa comunidad le acontece contingentemente tener" (Habermas 1997: 179). Esto es, si pretendemos tomar en serio la mentalidad republicana -aquel elemento que, recordémoslo, sirve de legitimación democrática a la nación- es necesario incluir la voluntad política de los miembros de la nación e impedir el concurso de factores que, previos al acuerdo ciudadano -dados *prepolíticamente*, dice Habermas- y escudándose en la fatalidad de lo histórico por vía de su asimilación a un proceso natural, determinen el devenir de la construcción nacional. "Sólo entonces, continúa Habermas, puede la idea republicana cobrar primacía y penetrar y

estructurar, a su vez, las formas de vida que aseguran la integración social" (1997: 179).

El papel de la voluntad en la forja del patriotismo de la constitución genuino se muestra claramente cuando Habermas trata del proceso de unificación de las dos Alemanias. En este caso "la alternativa no es "doble estatalidad" o "anexión", sino orientación sin reservas por el objetivo de una democratización radical que deje la decisión a aquellos que han de correr con las consecuencias, o instrumentalización de la retórica de la autodeterminación para una política de anexión impulsada con los medios de una política exterior de tipo económico" (1991: 227). Por eso es indispensable que sean "los ciudadanos de la República Democrática los que decidan en elecciones libres si quieren pasar a formar parte de un futuro Estado alemán unitario" (1997: 228); por eso se precisa que, lejos de dictar arbitrariamente y desde arriba las condiciones y estructura de la futura Alemania, "se conceda una oportunidad a cualquier camino que los ciudadanos de la República Democrática quieran emprender por libre decisión" (1991: 229).

La voluntad, pues, se constituye en la clave de bóveda del arco patriótico habermasiano. Algo antitético, como se verá, a lo que ocurre con su aplicación en España. Y es que, tanto en los debates constituyentes de 1978 que crearon la actual concepción de la nación española como en el texto de la Constitución misma, aparecen sin ningún género de duda elementos que anulan la operatividad de la voluntad de los ciudadanos en la configuración del ámbito de lo nacional. Es cierto que en los debates constituyentes, en un primer momento, aparecieron conatos de fundamentación política, voluntarista, de la nación española. Adoptando la teoría orteguiana del "proyecto sugestivo de vida en común" y de la "nación como empresa" parecía que era posible llegar a una concepción democrática de la nación, a una "nación querida", en la terminología de Habermas. Sin embargo, cuando en la Cámara se planteó la posibilidad de reconocer la plurinacionalidad del Estado español y, en consecuencia, se puso sobre el tapete el reconocimiento del derecho de autodeterminación, apareció el verdadero sentir de los constituyentes. Las anteriores intervenciones que exaltaban las "empresas comunes", "la voluntad de vivir juntos" o la "libre voluntad de los pueblos de España" se diluyeron por ensalmo y dieron paso a manifestaciones que reducían lo anterior a pura fraseología. La unidad de la nación española parecía estar en peligro con la entrada de la posibilidad del plebiscito y por eso se anula el concurso de la voluntad ciudadana. Que España era una -Una- nación -Nación- era un presupuesto que no podía ponerse en entredicho. Por eso, ahora, la nación ya no se define de manera política sino de forma que su esencia se haga indisponible a la voluntad de los asociados. España pasará a ser una unidad forjada por la Historia, por el destino histórico -concepto que es

tildado por Habermas, recordémoslo, de "muleta prepolítica" (1991: 308)-, por algo, en definitiva, indisponible e irreformable. "La unidad de España es un valor para nosotros [UCD] metaconstitucional y preconstitucional; la Constitución puede asumirlo, proclamarlo, reconocerlo [...] lo que no podrá es fundamentar ella, la Constitución, a esta unidad" (Cisneros Laborda, TP, 1980: 849, I); "Damos por sentado [PSOE] que España, como nación, existe antes de la Constitución. Para nosotros la nación como hecho relevante es derecho preexistente a la Constitución (G. Peces-Barba, TP 1980: 846-851, I), "Y es claro que la Constitución no puede echar los cimientos o fundamentos al edificio que es España, porque España es una magnitud extensiva e intensiva que se sustrae a toda regulación constitucional. España era antes, y será después de esta Constitución, una entidad permanente (M. Herrero de Miñón TP, 1980: 849, I).

Lo que la Historia ha hecho que no lo deshaga el Hombre. "España, decía un Solé Tura que antes se hubo desgañitado con peanes voluntaristas, no es una invención, no es un artificio histórico, es una realidad forjada por la Historia" (TP, 1980: 724, I). De la misma manera, M. Herrero de Miñón podía decir que "es la Historia, la vieja Historia la que ha decantado una nación española que no podemos concretar, que no podemos reducir al marco de la Constitución"; o Silva Muñoz afirmar que "la Nación española es la resultante (...) de un todo armónico con un único destino que cumplir, unidad superior de vida común" (TP, 1980, 1900, II); o M. Fraga aseverar que el único criterio para concretar la esencia de España era el de apreciar "la comunidad de un largo destino histórico (...) El concepto de nación no se puede acuñar a voluntad" (TP, 1980, 1879, II; 658, I). La nación española, en suma, pertenece al género de los *hechos brutos*, como diría J. Searle (1997), esto es, la nación española existe con independencia de la voluntad y el acuerdo humano, es un hecho que, en su realidad y estructura, se nos impone querámoslo o no. Incluso cuando se mencionaba la voluntad como elemento conformador de la nación aparecía, presta, la corrección historicista: "Llamamos Nación española a la voluntad histórica decantada de vivir juntos como españoles (...) Los diferentes pueblos de España se *autodeterminarán una vez más como su estructura histórica exige*, como la unión de su variedad" (M. Herrero de Miñón, TP, 1980, 2531, II). Es curioso ver cómo la Historia, por definición campo de creación, como diría Castoriadis, se ve aquí constreñida por el cíngulo de la incontingencia. Puede que existan voluntad y autodeterminación, pero ambas han de estar predeterminadas como "su estructura histórica exige". Por eso, cuando se habla de España como realidad histórica, en verdad se quiere decir "realidad inamovible", "realidad natural" o "realidad necesaria". Mucho nos tememos que también se quiera decir "realidad revelada". Si comparamos todo esto con aquel pá-

rrafo ya citado de Habermas en el que criticaba los procesos de construcción nacional que operaban "por vía de homogeneización de las contingencias históricas en la composición de la comunidad, consolidando y dotando así el aura de lo de siempre y de lo cuasi natural a los límites de esa comunidad" (1997: 179) nos percataremos de la imposibilidad de asimilar la concepción habermasiana de nación que da lugar al patriotismo constitucional a la que se ha consolidado en España. Lleva razón J. I. Lacasta cuando afirma que "lo que ocurre es que el nacionalismo español es culturalmente débil, democráticamente inconsistente; porque resulta a ojos vista insuficientemente constructivo y no se presenta más que como algo que impide, que destruye que niega" (1999: 24).

Esto en lo que respecta al discurso nacional. Pero también en el propio texto constitucional es perceptible una mutación fundamental entre la teoría del patriotismo de la constitución que se invoca y lo que la Constitución de 1978 ofrece. En efecto, como vimos, Habermas se alertaba contra la posibilidad de que "la fuerza integradora de la nación se hiciese derivar de algo dado prepolíticamente" (1997: 179). Esto es, para la mentalidad republicana, democrática, resulta fundamental que la transformación de los afectos que surgen de la conciencia nacional de pertenencia -los afectos "prepolíticos"- pasen por el tamiz de la voluntad política de los ciudadanos. Y esto es algo radicalmente negado en el texto del artículo 2º, al punto de que es una realidad pre-constitucional, esencialista, la que fundamenta la Constitución y no a la inversa, como en principio se predicaría de un ordenamiento que, sobre la base de la libertad de decisión ciudadana, intentase una fundación nacional instituyente. Recordémoslo: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española..." (Art 2º CE). En este caso es la indisoluble unidad de la nación española la que actúa de marco prepolítico que conforma lo jurídico -lo que ha posibilitado que una buena parte de la doctrina, sirva como ejemplo el trabajo de J. Ruipérez (1995: 128 y ss.), haya podido hablar de la unidad de la nación como un límite implícito a la reforma constitucional-. Aquí sólo existe conciencia nacional que absorbe la posible emergencia del elemento republicano. La voluntad de los miembros de la nación no entra en juego: la indisoluble unidad nacional es previa y fundamentadora de esa voluntad que, por tanto, ya no es libre -no es voluntad-. Por eso, cuando J. J. Laborda afirma que "España, con el acto constituyente de 1978, decidió ser una nación o una patria común" (1992: 9), está falseando los datos. Podemos discutir acerca de interpretaciones, pero no se discute acerca de datos. Y lo cierto es que con el acto constituyente de 1978, mediante un ejercicio de reflexividad inverosímil, la Nación española -concebida como sustrato previo a la Constitución- decidió ser una Nación española o patria común.

Dice Laborda, citando palabras que Habermas pronunció en una conferencia en el Instituto de Filosofía del CSIC, que el patriotismo de la constitución "es una identificación común con una comunidad histórica fundada sobre ciertos valores. Pero debe tratarse de una comunidad cuyos valores centrales incluyan la libertad" (1992: 5). Pues bien, si esto es así, entonces no se comprende cómo, a renglón seguido, puede espetarnos que "en la Constitución de 1978 este patriotismo, en mi opinión, está recogido y definido en el artículo segundo" (1992: 6), a no ser que la razón esgrimida sea que en ese artículo se menciona la palabra *Patria* y está en la Constitución -razón, por otra parte, accesible a un perro de Pavlov-. Porque si de libertad hablamos, habrá que incluir también -máxime si nos referimos al art. 2º, en el que no se trata de ninguna definición de derechos individuales, sino de definiciones de carácter institucional colectiva- la libertad de los ciudadanos que pertenecen a las nacionalidades reconocidas para decidir cuál será su adscripción nacional, algo que es negado de forma tajante en la formulación del artículo 2º. La libertad individual y la colectiva -no otra cosa trata de conectar Habermas al hablar de mentalidad republicana y conciencia nacional- necesitan ser conjugadas.

Los hombres, como ha subrayado MacCormick (1994, 66), son productos sociales, no átomos independientes capaces de constituir una sociedad por medio de un encuentro voluntario: "Estamos hechos por nuestra sociedad, como también la sociedad está hecha por nosotros. Los hechos biológicos del nacimiento y de los primeros alimentos, así como los hechos psicosociales de nuestra educación y socialización son esenciales para constituirnos como personas. Somos las personas que somos de acuerdo con los marcos y contextos sociales en los que llegamos a ser tales personas (...) Tenemos conciencia de nosotros mismos por el modo en que hemos aprendido a ser nosotros mismos en nuestro contexto". Siguiendo en esto a Y. Tamir (1993, pp. 32-34), todos los individuos forman parte de lo que pudiéramos llamar "individuos contextuales". El hombre sólo existe en la sociedad y por la sociedad. Los sujetos, los individuos y sus grupos son los productos de un proceso de socialización y su existencia presupone, *ab initio*, una sociedad instituida (C. Castoriadis, 1998a, p. 157 y ss.; 1998b, p. 64y ss.). Parece entonces que la polémica entre el comunitarismo y el liberalismo es, desde el punto de vista ontológico, absurda. Las concepciones individualistas, atomistas, de las que parte la visión liberal de la sociedad no son ni siquiera criticables. Son mucho más que eso: son falsas. Su punto de partida, el que los hombres tengan un estatuto racional-individual a partir del cual se enjuicia la pertinencia de la adscripción a una determinada comunidad, describe incorrectamente la incardinación del Hombre en la Sociedad. Ahora bien, el reconocimiento de la corrección comunitarista en la descripción del hecho

social no implica que su juicio normativo acerca del papel de ese hecho social sea igualmente correcta. La anulación más o menos explícita de la autonomía individual a la que conducen ciertas teorizaciones comunitaristas -es el caso de Ch. Taylor (1992, p. 25 y ss.)- resulta insostenible. Pero hay que tener claro que este juicio de disvalor se desarrolla en una dimensión axiológica, no ontológica. La realidad y los corolarios de esa realidad son cosas que deben ser distinguidas, y el debate actual del comunitarismo y del liberalismo las confunde penosamente.

Ahora bien, el que hayamos dicho que el liberalismo era una teoría falsa no significa de ningún modo que sus postulados sean erróneos. Ya apuntamos que su dimensión propia era la axiológica. De este modo, reconocer la virtualidad explicativa de lo social no implica rechazar cualquier forma de individualismo normativo. Está claro que el nacionalismo se deslegitima éticamente cuando, por excluyente o por impositivo, se contrapone a la lógica inclusiva de la democracia (Pérez Tapias, 2000, p. 84). Como afirma MacCormick, "puedo no creer que los individuos se conciban como átomos pre-sociales o extra-sociales, cuyas uniones llegan a constituir sociedades, y tener, al mismo tiempo, bastantes motivos para creer que debemos favorecer formas de organización dentro de las cuales los seres humanos puedan constituirse y florecer como individuos autónomos" (1994, p. 67). Es más, precisamente porque creemos que el individuo precisa de autonomía -en el sentido pleno de la palabra, en el kantiano, que es el que intenta recuperar Castoriadis- nos parece necesario el reconocimiento de la realidad nacional. Nuestra conciencia de la identidad proviene de nuestra experiencia de pertenecer a comunidades significativas cargadas de intencionalidad colectiva. El sujeto no existe sino como el resultado de los condicionamientos que proporcionan estas determinaciones contextuales. A partir de aquí, a partir del reconocimiento de la determinación histórico cultural del sujeto, podemos hablar ya de lo que las teorías liberales llaman "individuo autónomo" -que sólo será relativamente autónomo-. La sociedad es el presupuesto, el punto de imputación esencial para la forma en que el individuo da sentido a su vida económica, moral y política. Pues bien, si esos individuos autónomos son el resultado del contexto de una sociedad que los capacite para la libertad, entonces la autonomía colectiva de la sociedad misma parece una parte del contexto necesario (N. MacCormick, 1994, p. 67). Mientras el Estado permanezca separado de la sociedad civil y de sus significaciones simbólicas sólo existirá una autonomía parcial de los individuos. La democracia emocional, que es precondición de la democracia política, precisa la unión del poder político y la significación simbólica de la sociedad misma. Si concebimos la autodeterminación -entendida desde un punto de vista genérico (kantiano)- como un bien necesario para la libertad, debe existir tanto

un dominio propio para la autonomía del hombre dentro de la colectividad -extremo éste sobre el que insiste, con razón, la teoría liberal- como un dominio propio para la autonomía colectiva de la comunidad -y sobre esto la teoría liberal calla ignominiosamente-.

El respeto a la autonomía de la persona se ha entendido siempre como la preservación de un campo de obrar autónomo, libre de injerencias. Y, al tiempo, ese respeto ha sido el punto de inflexión de la filosofía de la ilustración, hoy reivindicada como superación del escepticismo y relativismo postmodernos. Ambos asertos son, en lo esencial, correctos. Lo que ocurre es que el liberalismo ilustrado de nuestros días sólo concibe a la persona desde una perspectiva individualista, monádica. Muy al contrario, por el hecho de mantener que el imperativo moral básico es el respeto a la persona -integral- aquí sostenemos que la conciencia de la nacionalidad es para las personas algo parcialmente constitutivo de su conciencia de la identidad y, por tanto, que el respeto de ese aspecto de su identidad es tan vinculante como el respeto de cualquier otro aspecto. Tanto, por ejemplo, como el respeto a la libertad de expresión. Un ataque a esta libertad es capaz de movilizar a la intelectualidad toda; el derribo sistemático de los marcadores de identidad nacionales es, sorprendentemente, motivo de regocijo y alharaca universalista por parte de esa misma intelectualidad.

Y lo cierto es que, lejos de reconocer la virtualidad democrática del principio nacional -y escudándose en el carácter reaccionario de ciertas construcciones comunitaristas- la Academia asimila el nacionalismo a la antítesis de la libertad, de los derechos humanos y de la democracia, siendo así que la verdadera democracia presupone la existencia del nacionalismo -de la conciencia nacional, en la terminología de Habermas- como principio ontológico. Los derroteros actuales de la investigación no sólo prescinden del tratamiento de la democracia en la formación nacional, sino que identifican como nacionalistas -connotadas, por supuesto, con todo tipo de características aberrantes-, sólo a aquellas formaciones que impugnan a la realidad estatal como fuente de legitimación.

Tras lo dicho ha de quedar claro que en el artículo 2º no hay lugar ni para la libertad colectiva, ni para la democracia. Se podría hablar de verdadera *patria común* si se hubiese establecido un procedimiento en el que las partes nacionales que son reconocidas por la misma Constitución, pudiesen expresar su voluntad libérrima de pertenencia al todo nacional. Nos referimos al derecho de autodeterminación, expresamente planteado por Euskadiko Ezkerra en el debate constitucional y rechazado de manera igualmente expresa por el resto de la Cámara -alegando, por cierto, el consenso logrado en el artículo 2º-. Este artículo, entonces, no puede ser fundamento de ningún patriotismo que tenga como base el valor de la li-

bertad que, según Habermas, es necesario para poder hablar de patriotismo constitucional. Por otra parte, en el proceso de formación del artículo 2º tampoco existió auténtica libertad en su elaboración, pues fue impuesto -y redactado- por el poder militar (J. Solé Tura 1985, 99; X. Bastida 1998: 43 y ss.). Así pues, estamos ante un texto en el que no intervino la libertad en su redacción y cuya redacción no deja lugar para la libertad. No obstante, esa es la opinión de la doctrina dominante y, desde luego, el punto de partida de nuestros patriotas de la constitución que hablan sin rubor del artículo 2º de la Constitución como un "gran pacto histórico de la transición democrática" que muestra "la voluntad de todos para encontrar un marco en el que podamos sentirnos razonablemente cómodos" (Piqué y San Gil 2002: 2-4), el artículo 2º pasa por ser la piedra de toque de lo que Habermas llama patriotismo constitucional. Conviene no confundir las cosas. Lo que sí existe es un patriotismo español que surge de la Constitución, pero no es de cuño habermasiano. Precisamente por su interés acendrado en la unidad patria y su beligerancia con los partidarios de una concepción politicista de la nación basada en el reconocimiento del derecho de autodeterminación, la filiación del patriotismo constitucional español ha de buscarse en las corrientes conservadoras -tanto las tradicionalistas como las genuinamente fascistas- que han transitado por el cauce histórico del Estado español. Algunos podrán decir -J. Álvarez Junco (2001), entre otros, lo dice- que su estirpe habría que entroncarla con el liberalismo español. Algo de cierto hay en ello. Ocurre, sin embargo, que el liberalismo español en materia de construcción nacional -de esto no se salvan ni Unamuno, ni Ortega, ni el mismísimo Azaña (este último dependiendo del auditorio al que se dirigiera, pues, para despistar a sus adversarios, al igual que las gallinas pampeanas, solía pegar el grito en un lado y poner el huevo en el otro)- estaba muy próximo a las líneas conservadoras antes mencionadas.

Pero, decíamos, en la articulación del *patriotismo de la constitución* de Habermas y en su versión española no sólo existe una diferencia fundamental en el papel que se otorga a la voluntad ciudadana, sino también en el concepto mismo de *constitución* que se maneja. En efecto, cuando Habermas habla de la constitución como foco del patriotismo se refiere a los postulados de universalización de la democracia y de los derechos del hombre que se encuentran en las constituciones occidentales (Habermas 1989: 114). Si hay algo que debe unir a los ciudadanos de manera emotiva, si hay algo que debe ligarlos en la defensa de su comunidad, ese algo habrá de ser, primordialmente, producto de los principios universales, de los procedimientos y de los derechos abstractos recogidos en la constitución (Habermas 1997: 72). Así pues, la constitución se concibe como el refugio de la mentalidad republicana que asegura que los motivos de cohesión surgidos en principio

de la conciencia nacional se depuren mediante un crisol universalista. La constitución es sinónimo aquí de valores sustantivos -de reconocimiento de los derechos humanos como núcleo básico de unión- y de procedimientos discursivos que hagan posible la democracia. Como resume N. López Calera, el patriotismo de la constitución habermasiano está basado en una "identidad nacional fundada en la lealtad común con los procedimientos democráticos y con los derechos fundamentales" (1995: 74)

Muy al contrario, en el patriotismo constitucional hispano, la constitución de la que se habla equivale no a ningún valor sustantivo, sino al documento formal mismo. Esto es, tanto la parte dogmática de declaración de derechos como la partes dedicadas a la organización institucional -incluyendo, por supuesto, la unidad del Estado y la monarquía- son objeto del patriotismo. Lejos de considerar la constitución como punto de encuentro de la mentalidad republicana, se parte de ella para generar una conciencia nacional -españolista-. Los procedimientos que, según Habermas, se recogen en la constitución como método discursivo de resolución de conflictos y que deberían integrar el núcleo del patriotismo constitucional no tienen lugar en la Constitución de 1978. Y ello precisamente porque en materia de construcción nacional el artículo 2º impide el concurso de procedimiento discursivo alguno -algo que quedaría garantizado con el reconocimiento del derecho de autodeterminación: aquí sí aparece el cauce correcto por el que pueden fluir las reglas del discurso-. En lo que toca a los valores materiales que en principio asegura la adhesión a una constitución no creemos necesario insistir sobre lo dicho más arriba. En la Carta Magna del Estado español, y en lo que respecta a la cuestión nacional, no caben ni la libertad ni la democracia, habida cuenta de la interdicción de la voluntad ciudadana para decidir acerca del modelo de nación en el que se desea vivir.

Por eso, creemos que no lleva razón J. I. Lacasta cuando afirma que "si España no es producto -como piensa García Trevijano- "de una decisión voluntaria de sus pobladores", el "patriotismo" que de esta guisa la defienda será cualquier cosa menos constitucional" (1999: 7). Si tenemos en cuenta que la Constitución de 1978 está fundamentada en la preexistencia de la indisoluble unidad de la nación española (art. 2º) y que el derecho de autodeterminación está absolutamente prohibido (arts. 2º, 8º y 145º.1), el aserto de Trevijano es directa traslación del juicio constitucional en la materia. En efecto, el concepto de nación que se ha constitucionalizado no es producto de una decisión voluntaria de sus ciudadanos, sino reflejo de una unidad preexistente a la formación de la voluntad ciudadana. Por ello, el patriotismo que emane de esta visión -que es antivoluntarista, culturalista y prepolítica- será muy, pero que muy constitucional. Lo que no será es democrático.

En un sentido inverso, llama la atención la enemiga de García Trevijano a la articulación nacional derivada del artículo 2º de la Constitución. García Trevijano es uno de los autores que con más ahínco ha insistido en la negación de la voluntad ciudadana como factor determinante en la definición de la nación española. España es una realidad objetiva que no se puede hacer y deshacer mediante la voluntad del pueblo: "España, como las demás naciones, no ha sido el fruto de una decisión voluntaria de sus pobladores, renovada día a día en una especie de "plebiscito de 24 horas", como decía Renan (1994: 23)". Y esto que García Trevijano afirma es exactamente lo que la Constitución consagra en su artículo 2º. Por eso sorprende su crítica a la "licencia concedida al Estado para modificar a su antojo la base nacional y el hecho histórico de España" que, a su parecer, se permite en la Constitución. El peligro que García Trevijano observa en la supuesta desvirtuación constitucional de la concepción objetivista que él mantiene no es tal. Cuando este autor afirma que "hay cosas que nos vienen dadas sin libertad, como el oxígeno del aire que respiramos (...) y una de esas cosas es la nación" (1994: 16) está reproduciendo la argumentación objetivista y culturalista, negadora de la voluntad de los individuos a la hora de la construcción nacional, que fuera utilizada en la fundamentación del artículo 2º de la Constitución y finalmente reflejada en el mismo. El enemigo que combate García Trevijano es en realidad aliado. Por otra parte, el patriotismo de la Constitución basado en el artículo 2º no representa en modo alguno ese "grave daño causado a la nación" por cuanto posible amenaza a su integridad, ni es un "sentimiento bastardo que ha suplantado (...) el sentimiento español de patria" (García Trevijano, 1994: 16), sino que es, en consonancia con lo que mantiene el autor, auténtico garante de la sagrada unidad nacional y baluarte en absoluto espurio de la concepción patriótica de España, en el sentido más tradicional del término. De hecho, el artículo 2º de la Constitución introduce el concepto de Patria y remarca la idea de unidad hasta extremos grotescos. En suma, García Trevijano atribuye al patriotismo de la Constitución las funesta consecuencia que supone el "que se pueda seguir decidiendo, en nombre de la libertad, sobre asuntos históricos excluidos de la voluntad de los gobiernos" (1994: 16), cuando, en realidad, la función del patriotismo constitucional, en España, es la inversa. La indisponibilidad de la materia nacional no es contradictoria con el patriotismo constitucional hispano, es su acicate.

Por eso, el patriotismo constitucional ha encontrado en nuestros pagos un aliado de valor inestimable en el constitucionalismo -en la Teoría del Estado constitucional-, aunque también, como veremos, con peculiares matices que distorsionan el cariz de la teoría. En términos generales, el constitucionalismo es una teoría que considera no solamente que la constitución integra una serie de preceptos de carácter jurídico, y por tanto vinculante,

sino que, además, postula un entendimiento valorativo de la misma. De esta manera, las opciones políticas adoptadas por la constitución se convierten en principios de carácter moral que deben informar la interpretación de la legislación subyacente y, correlativamente, modelar una articulación concreta de la sociedad civil. Una sociedad compleja como la actual, se dice, necesariamente dividida en estrategias particulares de poder, necesita un denominador común, un núcleo de valores compartidos que impida que el predominio de un grupo implique la anulación de los legítimos intereses de otros. Para evitar la tiranía de, en palabras de Zagrebelsky (1995: 25), "los señores de la ley" -de la Asamblea soberana que pudiera estar dominada por una facción- es preciso encontrar una "parte fija", un "contenido esencial" que asegure la convivencia de los distintos intereses en liza sin que ninguno de ellos se vea postergado a la marginalidad. Así pues, dos son las claves que caracterizan el constitucionalismo. La primera es la existencia de un conjunto de valores recogidos en la Constitución que deben garantizar el pluralismo y sobre los que debe existir una convergencia social. En la Constitución no sólo habría normas de conducta obligatorias, sino pautas de convivencia que actuarían de patrón comunitario. La sociedad, viene a decir la teoría constitucionalista, precisa de una actitud de compromiso hacia ciertos valores que se encuentran en los principios constitucionales. La segunda es -y ello deriva directamente de lo anterior- la indisponibilidad que ese conjunto de valores tiene para el legislador. De lo que se trata, en última instancia, es de sustraer al legislador ciertas materias que se consideran de especial importancia y formar un "núcleo estable e irreformable", en palabras de K. Hesse. Por utilizar la terminología del derecho civil, ciertas partes de la constitución se transforman en bienes *extra comercium*. Pues bien, el constitucionalismo del que se echa mano en España distorsiona la primera de las claves y, eso sí, lleva al extremo la segunda, ya que se propugna la intangibilidad de los pilares fundamentales del edificio constitucional "en cuanto que fundamentos de orden de la comunidad" (J. Ruipérez 1995: 128) y entre los que se incluye, por supuesto, la unidad de la nación española. Veamos el tenor de la distorsión.

Para Zagrebelsky, el Estado constitucional debe ser "dúctil". Con esta imagen pretende compendiar los términos de *coexistencia* y *compromiso* que, a juicio de este autor, deben delinear las constituciones de los Estados contemporáneos. Esto es, la Constitución representa el punto de partida consensual, el *momento incondicional* -por utilizar el cuño habermasiano- en el que todos los ciudadanos encuentran un lugar común desde el que desplegar sus diferencias. En estas constituciones "la visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido de amigo-enemigo hobbesiano o schmittiano), sino la inclusiva de

integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos" (Zagrebelsky 2001, p. 15). A juicio de Zagrebelsky el único contenido sobre el que una ciencia de la Constitución pluralista ha de mostrarse intransigente es precisamente el de la defensa de la pluralidad de valores y principios. La Constitución ha de mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente las perspectivas de algunas de las partes. De este modo, la coexistencia posible de contenidos ha de constituirse en el núcleo inamovible de la Constitución (Zagrebelsky 2000: 16-17). La concepción hispana del patriotismo de la constitución se opone radicalmente a esta consideración. En el artículo 2º de la Constitución española, el texto que, al parecer, enuncia nuestro patriotismo constitucional, se realiza una operación estrictamente inversa. Si tenemos en cuenta que los valores que aquí están en juego son los propios de la convivencia nacional, el artículo en cuestión cierra en lo absoluto todos los cauces de discusión y consagra la *ratio* nacional de una de las partes en liza. La función de mantener unidas y en paz sociedades divididas en su interior y concurrenciales -este es el objetivo básico del constitucionalismo- es radicalmente trastrocada. El artículo 2º de la Constitución española es un punto de desencuentro entre las diversas concepciones de lo nacional. Por eso disentimos abiertamente de A. de Blas cuando asegura que en la Constitución española se asigna "no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional" (A. de Blas 2001: 13). Si el pluralismo ideológico en el que se hace consistir al constitucionalismo pasa por consolidar una "convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible" (Zagrebelsky, 2000, 40), no podemos sino afirmar que en la Constitución de 1978 este pluralismo ha sido excluido. Si seguimos la argumentación de Zagrebelsky, "la Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho" (2000: 97). Nada de esto ha ocurrido en el proceso constituyente. A pesar de la fraseología armonicista de cuño predominantemente orteguiano -aunque también se echó mano de Tönnies, Meinecke y Krause- con que se aderezaron las intervenciones parlamentarias que justificaron este artículo, no ha habido pacto, sino imposición; no

ha habido introducción paritaria de principios, sino injerto de un principio monolítico. Sorprende por ello que M. Herrero y Rodríguez de Miñón -no sabemos hasta qué punto ingenuo y bienintencionado o cínico y tortcero- señale que "el buque de la flexibilidad constitucional necesaria para encajar la plurinacionalidad española es sumamente difícil de botar: déjesele alcanzar el mar sin lastre excesivo" (1998: 12). El buque de la "flexibilidad" -sólo tras descabellada antífrasis podemos entender esta expresión- está diseñado para permanecer *sine die* en las atarazanas del Estado. Malamente puede navegar lo que no está ideado para ello. Lo que es más: malamente puede navegar lo que no existe. Porque, conviene no olvidarlo, la flexibilidad es a la Constitución lo que la elasticidad es a la piedra pómez.

Esta es la distorsión a la que nos referíamos más arriba. El constitucionalismo, teoría ya de por sí criticable por lo que tiene de moralización implícita de la legislación y de reificación de las decisiones políticas (J. A. García Amado 1996; J. M. Rodríguez Uribes 2002; X. Bastida 2003), parte de un compromiso con ciertas cuestiones valorativas sobre las que existe un acuerdo fáctico, un consenso. El constitucionalismo en España no distingue esta cuestión y extrapola ese compromiso concreto a una fidelidad a la constitución *in toto*. Y, muy concretamente, basa el acuerdo subyacente en un artículo, el segundo, que representa justamente lo contrario a los valores compartidos e incuestionados en la sociedad española. El deslizamiento conceptual no puede ser más claro: "Defender la Constitución es defender los Estatutos de Autonomía (...); defender los Estatutos de Autonomía es defender con todas sus consecuencias la idea de España" (Piqué y San Gil 2002: 3); o, de modo aún más claro: "Constitución, España y libertad (...) son términos sinónimos" (2002: 6). La defensa de la constitución se hace pasar, pues, por la defensa de un artículo 2º que, como sabemos, representa la imposibilidad de articular democráticamente la cuestión nacional en el Estado español. Por eso resulta falso afirmar, intentando quintaesenciar el patriotismo constitucional, que "lo importante es respetar los núcleos de convivencia: pluralidad, tolerancia, libertad; autonomía y unidad" (Piqué y San Gil 2002: 3). La autonomía -nos tememos que no se refieran aquí los autores al sentido kantiano del concepto- y la unidad no puede permanecer al lado de la pluralidad, la libertad o la tolerancia. Y ello porque la autonomía y la unidad, con la interdicción añadida de cualquier movimiento que las cuestione -véanse sólo a título de ejemplo las respuestas del Gobierno a las proposiciones no de ley de los parlamentos catalán y vasco en los años 89 y 90 sobre el derecho de autodeterminación o al Plan Ibarretxe en 2002 (con amenazas veladas de intervención militar en ambos casos)- suponen lo contrario del pluralismo, la libertad y la tolerancia. No se pueden equiparar principios que todo el mundo admite como base de la convivencia con de-

cisiones político-territoriales que, en primer lugar, no todo el mundo asume y, en segundo lugar, son contradictorias con los primeros. Y decimos que son contradictorias porque, aunque le pese a cierto sector de la academia, el artículo 2º impide el concurso de la libertad ciudadana y, con ello, arruina la posibilidad de lograr una solución democrática -no sólo en el sentido habermasiano, sino en el del mismísimo Pericles- a la articulación nacional del Estado. Sin reconocimiento del derecho de autodeterminación no cabe hablar ni de procedimiento discursivo, ni de libertad, ni de tolerancia. Por eso llama la atención que, para A. de Blas, el patriotismo constitucional, "como punto de confluencia de una larga tradición de nacionalismo liberal-democrático español" se encuentre recogido en la Constitución de 1978: "Creo que la Constitución de 1978 ofrece las bases para un acomodo de las lealtades nacionales en la vida española, en el marco de un reconocimiento plural de esas realidades nacionales. El sistema de valores que acompaña a ese reconocimiento, el principio de pluralismo, de tolerancia y de lealtades compartidas, ofrece el marco adecuado para la definitiva puesta al día de un discurso nacionalista español de signo democrático dispuesto a convivir y a llegar a acuerdos razonables con otros discursos nacionalistas de signo periférico..." (A. de Blas 2001: 59). Por eso sorprende también que J. J. Solozábal pueda decir que "La constitución como marco político es congruente con el nacionalismo no independentista (...) Y además, en cuanto sistema de reglas de juego limpio, es perfectamente compatible con el nacionalismo independentista" (2000: 15). En la cuestión que nos ocupa, las *reglas de juego limpio* han de posibilitar que todos los jugadores puedan sentarse a la mesa con la expectativa de ganar la partida sin tener que transgredirlas. Esto es, las reglas deben defender la posibilidad de que cualquier jugador pueda triunfar -lo que equivale a decir que los intereses a los que aspira se vean protegidos por esas reglas-. En este sentido, la Constitución debe proporcionar sólo un marco de posibles estrategias y procedimientos que faculten al jugador para poder optar entre ellas e intentar conseguir su meta en el juego. Como se ve, nada de esto es posible en la Constitución de 1978, pues reduce la timba bien a jugadores de ventaja que se saben favorecidos por ciertas suertes del juego, bien a jugadores que se ven forzados a ejercer de truhanes, belitres y malsines, siempre necesitados de trampas para poder conseguir su objetivo.

Hasta aquí hemos visto cómo el patriotismo constitucional hispano trastroca las claves de la teoría original habermasiana y envenena otras fuentes aledañas. La razón parece clara. La creación de un nacionalismo españolista y, de manera consiguiente, la construcción de un antinacionalismo periférico, son las razones que guían al patriotismo constitucional. De la misma manera que en el período constituyente se utilizaron como expedientes la

distinción teórica entre la nación política y las naciones culturales o el constructo *Nación de naciones* para así constituir un nacionalismo de signo español que combatiese la insurgencia de nacionalismos de signo competitivo, ahora, con nuevas armas, se intenta el mismo objetivo. Las claves estructurales siguen siendo idénticas a las que definían anteriores tentativas. Por una parte, comoquiera que el concepto de nacionalismo se ha demonizado para localizar terminológica y simbólicamente al enemigo, el movimiento panespañolista se desmarca de la intitulación nacionalista -"Nosotros no somos nacionalistas", afirman raudos (Piqué y San Gil 2002: 5)-. Por otra parte, como lo que realmente se pretende es crear un nacionalismo que sirva de antídoto a las pretensiones autodeterministas, no se duda en emplear todas las estrategias que funden un nacionalismo omniabarcante que las diluya. En suma, se trata de crear un nacionalismo sin que lo parezca.

Por esa razón lo que se recoge de la teoría de Habermas es únicamente su parte inmovilista mientras se anula el recurso a la voluntad ciudadana que aquélla también acoge. La fraseología democrática que se toma de Habermas -"el patriotismo constitucional es una adhesión crítica y moralmente exigente, es un sentimiento racionalizado y dotado de una fuerte brújula ética y moral..." (Piqué y San Gil 2002: 5)- no puede disimular el fondo de la cuestión, a saber, la construcción -a cualquier precio- de un nacionalismo españolista. De hecho, cuando se olvidan de las gollerías habermasianas y descaran sus argumentos, los patriotas de la constitución no dejan lugar a la duda. Así, cuando se refieren al nacionalismo de la periferia, "al que no tiene sentido" (J. Piqué y M. San Gil 2002: 5), hablan de un "nacionalismo excluyente que exalta la diferencia, es decir, el nacionalismo no constitucional" (2002: 5). Esto es, existe un nacionalismo que sí tiene sentido, que exalta la uniformidad -su máxima es *E pluribus unum*: del pluralismo a la unidad, siendo así que esta última es la explica al primero, concebido como una inocente floresta de anomalías toleradas- y que, por supuesto, es constitucional. Esto explica aquella distorsión comentada consistente en que el núcleo del patriotismo no esté formado por valores democráticos y procedimentales, tal y como postula Habermas, sino por la Constitución en conjunto. Se sabe que la Constitución, globalmente considerada, es nacionalista (españolista) y por eso se santifica y se convierte en un texto cuya interpretación "recuerda las lecturas que, por ejemplo, ciertos fundamentalismos islámicos hacen del Corán" (R. Vilar 2002: 50). Mientras que Habermas patrocina un nacionalismo cívico -un patriotismo moderado, en palabras de S. Nathanson (1989: 535 y ss.)- el patriotismo constitucional hispano sustenta un nacionalismo tradicional de corte objetivista.

Si alguien hablase de un "patriotismo de la nación" se le objetaría, con razón, que es una expresión redundante. Habermas rompe el pleonasmo

precisamente porque el objeto del patriotismo va referido a una constitución concebida en términos universalistas y de respeto a los derechos humanos. Aquí, sin embargo y como ya nos consta, el patriotismo tiene como objeto un documento formal -la Constitución- que consagra un cierto tipo de nacionalismo. La redundancia no se obvia. El patriotismo de la Constitución, cuando la Constitución es nacionalista, equivale a patriotismo de la nación. Mejor: a patrioterismo de la nación. Qué alegría debió sentir la grey constitucionalista cuando Habermas habló por primera vez de patriotismo de constitución. Salvados. Se puede ser demócrata y reivindicar la patria. Se puede ser nacionalista español (patriota) y a la vez antinacionalista.

Por ello no compartimos la interpretación del patriotismo constitucional que realiza J. I. Lacasta. Cuando este autor habla de la necesidad de que el nacionalismo español "se mire al espejo", nos dice que, además de la cara irascible y sorda ante la voz jurídico política de los nacionalismos, reflejaría otra: "la del patriotismo constitucional, la de la Nación de naciones, el Estado multinacional (...), el Estado federal, y cuantas propuestas se apoyen en el reconocimiento de los principios del Estado democrático de Derecho y los derechos fundamentales" (1999: 44-45). Hay dos razones que nos mueven a la crítica. La primera es que, en realidad, esas dos caras que describe Lacasta son una y la misma cara. Sólo que la segunda, la faz del nacionalismo español democrático y atemperado, es la imagen fotogénica de la primera, que no deja de ser una horrible mueca. Dejemos que se relaje la cara amable del nacionalismo españolista -o, lo que es lo mismo, leamos entre líneas (y a veces ni eso, basta con leer literalmente) los trabajos de Savater, Juaristi, Unzueta, de Blas...- y veremos cómo se contraen sus facciones y aparece su desagradable visaje. Esto es, el nacionalismo panespañolista sólo tiene una, aunque mucha, cara. La segunda crítica es que muchos de los rasgos que Lacasta describe como característicos de ese nacionalismo españolista democrático -la sola expresión nos zahiere el oído- son facciones que no caben en la misma cara. *Estado multinacional* y *Estado federal*, por un lado, y *Nación de naciones*, por otro, son conceptos excluyentes. De hecho, en los debates constituyentes se utilizó el segundo como antídoto de los primeros. Cuando los diputados nacionalistas vascos expresaron en una enmienda la posibilidad de articular un Estado multinacional de carácter federal empezó a oírse en la cámara la voz *Nación de naciones* para justificar la Unidad indisoluble de España -la Nación- reconociendo, eso sí, la existencia de ciertas porciúnculas territoriales con cierta especificidad -las naciones-. Para evitar la existencia de un Estado federal en el que las partes -nacionales- formen un todo -estatal- (y de ahí lo de "Estado multinacional"), la nación de naciones se concibe como un todo unitario y previo que se distribuye analíticamente en partes. La nación de naciones tiene, pues, un signo marcadamente an-

tifederalista. Y otro tanto cabe decir del patriotismo constitucional que de ningún modo ha de verse como un avance democrático del nacionalismo españolista, sino como una perpetuación de su tenor histórico. Desde el proceso constitucional de 1978 se ha intentado fundamentar la existencia de un nacionalismo español que no estuviera anclado en los factores objetivos tradicionales (raza, lengua, religión...) -lo que Habermas llamaría *conciencia nacional*-, sino que se afianzase en rasgos de inequívoco carácter democrático. Sabedores de las insuficiencias que presenta la historia del nacionalismo españolista, la *militia legum* se ha esforzado sobremanera en el intento de armonizar el sentimiento patriótico español con un ánimo cívico -y para ello ha utilizado expedientes de todo tipo: la desnaturalización del concepto de nación política para aplicárselo a la realidad del Estado español, la presentación de ese mismo Estado como Nación de naciones o como Estado federal *in pectore*, entre otros (X. Bastida 1998: 70 y ss.)-. El patriotismo constitucional no es sino el último de los eslabones de esta cadena de cohonestación.

En efecto, hay buenas razones para considerar que en la construcción *patriotismo de la constitución* de la que se hace uso en España no se intenta una síntesis entre el nacionalismo cívico y el étnico -como es el caso de Habermas o, utilizando otra terminología, el de M. Viroli (patriotismo republicano) o E, Gellner (religión constitucional) (Viroli 2000; 2001: 3 y ss.; Gellner 1994: 112)- sino una prolongación del nacionalismo étnico -queremos decir con ello nacionalismo objetivista, cultural-. Aquí el término fundamental no es el de *constitución* entendida como reunión de valores democráticos, sino el de *patriotismo* -referido sobre todo, por cierto, a una parte de la Constitución en la que se consagra la Nación española concebida como patria: esto es, estaríamos ante un patriotismo de la patria-. Y el concepto de *patria*, como ha puesto de manifiesto P. Vilar, "añade al de nación la parte de irracionalidad" (1982: 233). En realidad, desde un punto de vista histórico los dos conceptos se han opuesto. Así, cuando en las Cortes de Cádiz de 1812 se propuso definir la nación española como "la reunión de los españoles de ambos hemisferios", el diputado Villanueva intenta añadir "baxo unas mismas leyes" -introduciendo así la moderna concepción de nación como libre reunión de súbditos en torno de un Estado-. A ello opone Capmany -el primero en hablar de España como *Nación de naciones*, conviene recordarlo- que sería mejor hablar de patria como "unión o comunión así como se dice comunión de los fieles y no la reunión de los fieles...". Por utilizar la terminología de Tönnies, la *sociedad* que implica la nación se opone a la *comunidad* que representa la patria. La vinculación política a una colectividad por crear, proyectada en lo porvenir, se opone a la continuación del pasado, a las tradiciones, a las glorias comunes.

Pues bien, el patrioterismo de la constitución recoge a Capmany y olvida a Villanueva. Es la patria como núcleo irracional -y como tal inamovible, exenta de posible discusión- la que prevalece frente a una nación española que pudiera concebirse como libre adhesión de diferentes pueblos. Por otra parte, el concepto de Patria se introduce en la actual constitución española a partir de las enmiendas de la derecha franquista, no lo olvidemos a la hora de hacer exégesis. Su sentido, tanto en la introducción constitucional como en las aplicaciones políticas que de él se hacen, no tiene nada que ver con interpretación democrática alguna, ni con la conformidad con unos principios jurídicos universales. Pero resulta que la *patria* -trágala mediante- ha quedado constitucionalizada y como la Constitución es "marco democrático de pluralidad y tolerancia", "núcleo de convivencia", "brújula ética y moral" (Piqué y San Gil 2002, 4-5) y, en suma, *splendor veritatis*, se precisa legitimar el concepto.

Por ello, para J. J. Laborda el concepto de *patria*, "no se corresponde con una mera exaltación lírica de símbolos y leyendas. Bien al contrario, la tesis que propongo lo vincula al sentido político y racional que, a mi juicio, posee, incluso históricamente" (1992, p. 5). Comoquiera que en todo el trabajo de J. J. Laborda no encontramos ni un sólo dato histórico que muestre esta vinculación racional y sí encontramos, en cambio, una glorificación del artículo 2º de la Constitución, en el que, como nos consta, se introduce el concepto de patria, parece que nos encontramos ante un intento de cohonestación política más que de una opinión teórica. J. M. Rosales comparte esta misma visión legitimista -aunque en su caso lo que se pretende legitimar no es el artículo 2º, sino el concepto mismo de patriotismo de la constitución- y llega incluso a invertir la relación que aquí hemos establecido. Así, para este autor, "patriotismo y nacionalismo designan dos tipos de lealtad política a la forma de vida en común que conocemos bajo el nombre de vida civil. Sin embargo, mientras que la lealtad patriótica se funda en la experiencia de autoconstitución política de la comunidad de conciudadanos, la lealtad nacionalista lo hace sobre un sustrato de naturaleza pre-constitucional (...) Patriotismo y nacionalismo, como formas de lealtad cívica, determinan dos tipos de identidad colectiva, diferenciados por su remisión en el primer caso a un sistema constituido de instituciones civiles y, en el segundo, al fundamento, de naturaleza étnica o cultural, sobre el que se realiza la autoconstitución o autodeterminación política de una comunidad" (1997: 52-53). También A. de Blas participa de esta inversión y aconseja "reservar el concepto de nación para aquellas realidades étnico-lingüísticas, dejando el término patria para la descripción de las naciones con asiento en realidades estatales" (1992: 57-58). En E. Kedourie, que es el padre de la actual corriente antinacionalista, encontramos un teorización muy similar.

Kedourie defiende la noción de patriotismo como el verdadero sentimiento a defender por parte de los ciudadanos de un Estado, al punto de recomendar como máxima cívica la de "amor por la patria, lealtad a sus instituciones y celo en su defensa" (1985: 56). Si este noble concepto se confunde con el nacionalismo -que es por definición corrupto, interesado e ideológico- se debe a que "la doctrina nacionalista se ha apropiado de estos sentimientos universales al servicio de una antropología y metafísica específicas" (1985: 56). La nefasta distinción entre naciones políticas y naciones culturales -al menos si la utilizamos con las coordenadas clásicas- se reitera con este deslinde entre patriotismo y nacionalismo. De hecho la razón funcional de la distinción entre naciones políticas y culturales estriba en que, con ella, es posible que el Estado se sirva de las ventajas de la legitimación nacional -y se convierte en nación política, con todo los ropajes democráticos que ello implica-, mientras que las naciones competitivas con la nación que se yuxtapone al Estado son incardinadas en la categoría de naciones culturales -con las servidumbres ideológicas que ello acarrea: muy concretamente su asimilación con la barbarie, la xenofobia, el fanatismo, la limpieza étnica, etc.-. Idénticas pretensiones son las que guían este redescubrimiento de la patria. La patria aparece ahora como un sanísimo sentimiento afectivo propio del pensamiento republicano y, por supuesto, volcado sobre una comunidad definida en términos de pertenencia estatal, mientras que la nación representa una relación semi-tribal que da lugar, a lo sumo, a una especificidad cultural que debe ser respetada -hay que reconocer que el nacionalismo de Estado, al que se debiera llamar imperialismo, sin ambages, se muestra en los últimos tiempos muy tolerante y munífico a este respecto-. En esta comedia el patriotismo es la abnegada heroína de la obra y el nacionalismo su hermana asilvestrada.

Este trabajo ha intentado mostrar que la acogida del cuño habermasiano es simplemente ideológica. El patriotismo constitucional no es sólo una teoría que muchas veces se cita sin conocer y otras tergiversándola: es la importación de un símbolo retórico, de una consigna. Con qué facilidad se pasa del patriotismo de la CONSTITUCIÓN al PATRIOTISMO de la constitución. La construcción de Habermas bien pudiera tener acomodo en la realidad política -que no jurídica- del Estado español, siempre y cuando se reconociese el derecho de autodeterminación, que es precisamente lo que se trata de evitar con el patriotismo de la constitución en su versión castiza. Hay que tener muchísima prevención con las importaciones teóricas. Desde luego, no queremos decir con ello que no se puedan adquirir teorías en el extranjero. Lo que sucede es que la intelectualidad española suele comprar en la sección de *oportunidades*.

Bibliografía

Ariel del Val, F. (1993): "Identidades políticas y violencia político-cultural". *Claves de Razón Práctica*, nº 38.

Álvarez Junco, J. (2001): *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*. Madrid: Taurus.

Bandrés, J. Mª (1988): "La violencia en la política". *Leviatán*, nº 34.

Bastida, X. (1998): *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona: Ariel.

Bastida, X. (2002): "La identidad nacional y los Derechos Humanos". En M. Calvo (coord.) *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson.

Bastida, X. (2003): "La constitución vertical. El constitucionalismo y la cuestión nacional". En prensa.

Blas Guerrero, A. de (1984): *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*. Madrid: Espasa Calpe.

Blas Guerrero, A. de (1989): *Sobre el nacionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, nº 15.

Blas Guerrero, A. de (1992): "Los nacionalismos españoles y el Estado autonómico". *Documentación Administrativa*, nº 232-233.

Blas Guerrero, A. de (2001): "España: "Mater dolorosa". Nación y nacionalismo en el siglo XIX". *Claves de Razón Práctica*, nº 118.

Bueno, G. (1999): *España frente a Europa*. Barcelona: Alba Editorial.

Castoriadis, C. (1998a): *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Castoriadis (1998b): *Los dominios del hombre*. Barcelona: Gedisa.

Colom González, F. (1996): "Lealtades compartidas, lealtades divididas: la pertenencia política en Estados plurinacionales". En *Isegoría*, nº 14.

Durkheim, E. (1993): *Las formas elementales de la vida religiosa*. Madrid: Alianza Editorial.

Finkielkraut, A. (1990): *La derrota del pensamiento*. Barcelona, Anagrama.

García Amado, J. A. (1996): "¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios". *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, XIII-XIV.

García Trevijano, A. (1994): *Del hecho nacional a la conciencia de España o El discurso de la República*. Madrid: Temas de Hoy.

Gellner, E. (1988): *Naciones y nacionalismo*. Madrid, Alianza Universidad.

Gellner, E. (1994): *Posmodernismo, razón y religión*. Barcelona: Paidós.

Gomberg, P. (1994): "Universalism and Optimism". En *Ethics*, nº 104.

Habermas, J. (1988): *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols.. Madrid: Taurus.

Habermas, J. (1989): *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos.

Habermas, J. (1991): *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.

Habermas, J. (1994): "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo". En *Debats*, nº 49.

Habermas, J. (1997): *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta.

Habermas, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. Madrid: Trotta.

Habermas (2000): *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós.

Hastings, A. (2000): *La construcción de las nacionalidades*. Cambridge: CUP.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1998): "Reglas de ocasión". El País, 19 de septiembre de 1998.

Hobsbawm, E. (1994): "Identidad". *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 3.

Kedourie, E. (1985): *Nacionalismo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Laborda Martín, J. J. (1992): "Patriotismo constitucional y Estado democrático". *Sistema*, nº 108.

Lacasta Zabalza, J. I. (1998): España Uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y de su conciencia nacional e intelectual. Pamplona: Pamiela.

Lacasta Zabalza, J. I. (1999): "Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español". *Actas de las XVII Jornadas de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política*. Valencia: Universitat de València.

Lacasta Zabalza, J. I. (2000): "La vulnerable cultura del actual nacionalismo constitucional español". *Boletim da Faculdade de Dereito de Coimbra*, *Studia Iuridica*, nº 48.

Lenk, K. (1982): *El concepto de Ideología. Comentario crítico y selección sistemática de textos*. Buenos Aires: Amorrortu editores.

López Calera, N. (1995): *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?* Madrid: Tecnos.

Lukács, G. (1968): *El asalto a la razón*. Barcelona: Grijalbo.

MacCormick, N. (1994): "¿Es filosóficamente creíble el nacionalismo?". En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31.

Mosca, G. (1982): "La fórmula política". En *El concepto de Ideología*, K. Lenk (comp.)

Nathanson, S. (1989): "In Defense of "Moderate Patriotism"". En *Ethics*, nº 99.

Pérez Tapias, J. A. (2000): "Identidades sin fronteras? Identidades particulares y derechos humanos universales". En P. Gómez García (coord.), *Las ilusiones de la identidad*, Madrid: Cátedra.

Piqué, J. y San Gil, M. (2002): El patriotismo constitucional. Ponencia presentada en el XIV congreso nacional del Partido Popular.

Rodríguez Uribes, J. M. (2002): *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch

Rosales, J. M. (1997): *Patriotismo, Nacionalismo y Ciudadanía: en Defensa de un Cosmopolitismo Cívico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ruipérez, J. (1995): *Constitución y autodeterminación*. Madrid: Tecnos.

Rusconi; G. E. (1994): "Racionalidad política, virtud cívica e identidad nacional". En *Debats*, nº 49.

Sánchez de León, M. (1978): "Trozos de Esapaña". En *Constitución, economía y regiones*. Madrid: Siglo Veintiuno.

Searle, J. (1997): *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.

Solé Tura, J. (1985): *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías federalismo, autodeterminación*. Madrid: Alianza Editorial.

Solozábal, J. J. (2000): "Desgarros imaginarios". *El Pais*, 11 de octubre de 2000.

Sloterdijk, P. (1989): *Crítica de la razón cínica*. Madrid: Taurus.

Smith, A. (1976): *Nationalist Movements*. Londres: Macmillan.

Smith, A. (1994): "Tres conceptos de nación". *Revista de Occidente*, nº 161.

Tamir, Y. (1993): *Liberal Nationalism*. Princeton: Princeton University Press.

Taylor, Ch. (1992): *Multiculturalism and "The politics of Recognition"*. Princeton: Princeton University Press.

Trabajos Parlamentarios de la Constitución (TP) (1980): Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales, 4 tomos.

Vilar, P. (1982): *Hidalgos, amotinados y guerrilleros*. Barcelona: Crítica.

Vilar, R. (2002): "patriotismo constitucional ou rearme españolista". *Terra e Tempo*, nº 20-21

Viroli (2000): *Por amor a la Patria*. Madrid: Acento Editorial

Viroli (2001): "El sentido olvidado del patriotismo republicano". *Isegoría*, nº 24

Zagrebelsky, G. (1995): *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta.

OBLIGACIÓN POLÍTICA: ALGUNOS PROBLEMAS Y UN INTENTO DE SOLUCIÓN

Rex Martin
Universidad de Kansas

Introducción

"Obligación política" es una noción muy amplia que abarca muchas cosas. Hay quien dice, por ejemplo, que el ciudadano tiene una obligación o un deber de votar. Otros han pretendido que los ciudadanos pueden tener un deber de servir a su país e incluso de luchar en su defensa. Sin embargo, la mayoría de la gente cuando habla de obligación política tiene en mente una cosa en particular: el deber de los ciudadanos de obedecer las disposiciones jurídicas [*laws*] en su propio país.

La cuestión que quiero discutir en este artículo es la de si la gente tiene en realidad buenas y justificables razones, que estén más allá del simple miedo al castigo, para comportarse de acuerdo con las disposiciones jurídicas. Y si es así, si están *vinculados* u obligados por esas razones para cumplir.

Algunos argumentos estándar en favor de un deber de obedecer al Derecho

Sócrates tenía que decidir si desobedecía una decisión *injusta*, pero legal; lo notable es que, en circunstancias que iban a costarle la propia vida, decidiera obedecer en base a lo que él consideraba sólidas razones. Sócrates creía que la gente tenía un deber *moral* de obedecer al Derecho. Un deber muy estricto fundado en un acuerdo que la gente ha hecho[1].

Lo característico del argumento del acuerdo de Sócrates (en *Critón*) es que pone la cuestión en términos de justicia o moralidad. En nuestra propia tradición política hay un argumento parecido al socrático; pone el acento

[1] Para esta parte del *Critón* que contiene los argumentos socráticos contra la desobediencia al Derecho, véase Platón, *Five Dialogues*, trad. G.M.A. Grube (Indianapolis, IN, Hackett, 1981), págs. 52-56.

no tanto en la moralidad de mantener los acuerdos, cuanto en la conexión entre, por un lado, un estado [*government*] legítimamente constituido y, por otro, un deber de los ciudadanos de obedecer las disposiciones jurídicas establecidas por ese estado. Se trata de una obligación estricta; se refiere a todas las disposiciones jurídicas y sólo puede ser ignorada, si es que puede serlo, en casos excepcionales.

Para esta teoría, normalmente asociada a Hobbes y a Locke en particular, un contrato (a veces llamado "consentimiento en el gobierno") sirve tanto para autorizar al estado a dictar disposiciones jurídicas como para sujetar a los individuos a una estricta obediencia. Sin embargo, en realidad, las teorías de Hobbes y Locke no son tan sencillas.

Locke sostiene que, en un cierto momento (esto es, cuando se alcanza la edad adulta y, de forma más o menos voluntaria, se permanece en el lugar en vez de ejercer el derecho a la emigración), la gente se convierte en miembro o partes de un particular cuerpo político. La principal función de tal cuerpo es crear una constitución o forma de gobierno y cabe presumir que se produce un consenso (en términos de Locke, una mayoría) entre los ciudadanos a propósito de en qué instituciones deben residir los principales poderes del gobierno (legislativo, ejecutivo, etc). Naturalmente, en opinión de Locke, si no hubiera consenso el cuerpo político se rompería, simplemente se desintegraría, y sólo podría mantenerse unido mediante un uso manifiesto y claramente impropio de la fuerza. A partir de ahí, desde estos dos supuestos (que se es miembro de un cuerpo político y que hay un gobierno constitucional fundado en el consenso) Locke concluye, como una cuestión de lógica, que cada ciudadano (cada miembro de una sociedad política así organizada) está estrictamente obligado a obedecer las disposiciones jurídicas debidamente establecidas por ese gobierno constitucional. De los dos supuestos anteriores más otro –que si las disposiciones jurídicas no fueran obedecidas ciertamente la gente retornaría a un indeseado estado de naturaleza– se sigue que cada miembro tiene la obligación estricta en cuestión. En breve, no se consiente (contrata, promete) en obedecer las disposiciones jurídicas; más bien, se consiente en ser miembro de un cuerpo político y, a partir de este hecho, junto con otro u otros dos más, se sigue lógicamente que los ciudadanos tienen un deber estricto de obedecer las disposiciones jurídicas debidamente establecidas. Se está obligado *como si* de hecho se hubiera consentido expresamente en obedecer[2].

[2] Para los principales puntos (cuerpo político, consenso constitucional, evitación del estado de naturaleza), véase Locke, *Second Treatise*, sec. 97; y también secs. 89, 95-96, 98-99. La justificación de Locke de la división de poderes del Estado se encuentra en *Second Treatise*, caps. 11 y 12. La discusión de Locke del consentimiento *expreso*, esto es, el consentimiento perma-

Los teóricos del "contrato", igual que Sócrates con la idea de un acuerdo, construyen la relación de los ciudadanos con el estado y sus disposiciones jurídicas a partir de una analogía con algunos compromisos no políticos, tales como prometer, acordar, consentir, o firmar un contrato, cuyo sentido es crear obligaciones. Para todas estas teorías, el hecho del acuerdo o el acto de consentimiento es el que *fundamenta* la obligación de obedecer las disposiciones jurídicas.

Esta aproximación general presenta, en mi opinión, dos problemas principales. El primer problema es el de qué cuenta como consentimiento. Y el segundo problema es el de si el consentimiento así concebido puede realmente obligar a la gente a obedecer todas o casi todas las disposiciones jurídicas válidas simplemente porque han sido dictadas de manera correcta por un estado legítimo o efectivo.

¿Qué cuenta como consentimiento? Todos los teóricos consideran la mera residencia, la residencia permanente, durante la edad adulta. Hobbes añade el interesante retorcimiento de que contaría plenamente como consentimiento el caso de un residente que, bajo la amenaza de pena de muerte si no presta "consentimiento", inclinara su cabeza y entrara a vivir sometido a un conquistador. Mucha gente tiene reticencias para aceptar que la mera residencia continuada deba tener exactamente la fuerza de una promesa explícita y solemne, especialmente bajo la condición añadida por Hobbes.

Se ha sostenido que votar en una elección libre debería contar así. Podríamos considerar que votando usted se estaría comprometiendo a aceptar el resultado de la elección. Pero ¿por qué se comprometería usted a aceptar, estando obligado a aceptar, todas las disposiciones jurídicas que dictaran los elegidos? Algunas de esas disposiciones podrían ser absurdas, inconstitucionales o incluso perversas. Suponga que vota al bando perdedor. Su candidato no gana. Usted votó de este modo porque quería que una determinada disposición que considera mala no fuera aprobada. Y ahora el candidato *contra* el que usted votó, junto con otros, apoyan esa misma disposición. O suponga que se tratara de una disposición realmente perversa, como la disposicón de U.S. de 1850, que exigía que los esclavos evadidos fueran recapturados y devueltos a sus propietarios, y que usted era un votante del Estado de Massachussets al que no le gustaba nada esa disposición y que había votado a un candidato que se oponía, candidato que resultó elegido, votó en contra de esa disposición pero que fue derrotado en la sesión de la legislatura nacional. Estos ejemplos sugieren que la cuestión va algo más

---

nente o mantenido de los ciudadanos miembros, tiene lugar *Second Treatise* secs. 116-118; y su justificación y contraste con el consentimiento *tácito*, esto es, el consentimiento temporal de los visitantes, etc., se encuentra en *Second Treatise*, secs. 119-122.

allá de decir simplemente que por votar en una elección general usted se está comprometido a aceptar esta disposición y se está obligando a obedecerla.

Pero ¿qué ocurriría con una promesa explícita y solemne, con un acuerdo fuerte de aceptar todas las disposiciones válidas y de estar obligado por ellas? ¿Funcionaría? No demasiado bien. Muchos ciudadanos nunca consentirían o acordarían obedecer las disposiciones del país en el que residen de forma que realmente pudiera contar. Por ejemplo, no todo el mundo (ciertamente no cada ciudadano) se ha comprometido en un acto de consentimiento significativo en Gran Bretaña, América o Canadá; de hecho relativamente poca gente lo ha hecho. En consecuencia, si se requiere un consentimiento real y fuerte, entonces la teoría del contrato no puede valer para la obligación de obedecer al Derecho en esos países.

Siempre podría replicarse: bien, si cada uno hubiera libre y explícitamente prometido (en un juramento solemne de algún tipo) obedecer las disposiciones de su propio país, *esto* podría seguramente contar. Pero incluso si una promesa de este tipo contase como consentimiento, podríamos todavía preguntar si tal consentimiento explícito vincularía o podría *vincular* a aquellos que hubieran formulado el juramento, si podría *obligarles*, a obedecer todas las disposiciones válidas del lugar simplemente porque se trata de disposiciones de ese país. La estricta obligación de obedecer las disposiciones ¿está fundada meramente en la existencia desnuda de un consentimiento de hacerlo así, o está fundada en cualesquiera buenas razones (excluyendo naturalmente el miedo al castigo) que uno pudiera tener para consentir en primer lugar?

Obviamente, si simplemente citamos las razones (pero sin un acto explícito de consentimiento de la gente implicada) entonces no contaremos con un consentimiento real como base de la obligación, contrariamente a lo que la teoría del contrato requiere[3]. A pesar de ello, supongamos que citamos ambos, el hecho de un explícito y amplio acuerdo en un país dado y las buenas razones para realizar el acuerdo. Se podría entonces cuestionar si el hecho del consentimiento explícito realmente añade algo a esas razones.

[3] La idea que acabo de sugerir –que puede haber buenas razones para que la gente actúe *como si* hubieran explícitamente consentido– es llamada a veces del consentimiento hipotético. Para una crítica importante de toda la aproximación del "consenso hipotético", véase Ronald Dworkin, "Justice and rigths" (originalmente publicado en 1973), reimpreso en Ronald Dworkin: *Taking Rigths Seriously* (Cambridge, MA:Harvard University Press, 1978); esp. págs. 150-158. Continúa habiendo sin embargo sofisticadas defensas del consentimiento hipotético (como representando la mejor mirada dentro de la teoría tradicional del consentimiento). Entre aquellos que yo particularmente recomiendo están Thomas Lewis , "On using the concept of hypothetical consent", *Canadian Journal of Political Science* 22 (1989), y Cynthia Stark, "Hypothetical consent and justification", *Journal of Philosophy* 97 (2000).

Si consideramos nuestra obligación de obedecer al Derecho de nuestro país como una obligación moral (a la manera de Sócrates en el *Critón*), entonces probablemente creamos también que muchas o la mayoría de esas disposiciones tienen un buen contenido moral (tales como la prohibición del asesinato, el secuestro, la violación o el asalto físico). Pero ¿no serían las prohibiciones contenidas en tales disposiciones las que (dado su buen contenido moral) controlasen nuestra conducta, incluso en el caso de que ellas no hubieran sido consignadas en el Derecho? En el mismo sentido, moralmente hablando, ellas controlarían nuestra conducta incluso si nunca hubiéramos explícita y solemnemente prometido obedecer las disposiciones del lugar.

La cuestión se hace más complicada cuando tomamos en consideración disposiciones que son moralmente indiferentes. Me inclinaría a pensar que una obligación *moral* sólo podría surgir en aquellos casos en los que un requerimiento del Derecho (p.e. el pago de un impuesto sobre la renta) pudiera mostrarse como necesario o sustancialmente importante para la continuidad de la capacidad del estado para estimular el cumplimiento por parte de la gente de las disposiciones que sí tienen un contenido moralmente bueno.

Cuando se enfrenta la cuestión de las disposiciones perversas (normas con un mal contenido moral, como la Ley del Esclavo Fugitivo antes mencionada, o las normas Nazis contra los judíos) me parece que la cuestión cambia de manera considerable en relación con los dos primeros casos (el de las disposiciones con un buen contenido moral y el de las disposiciones con contenido moral neutro). Creo que no es posible fundamentar el precepto *moral* de obediencia al Derecho sobre una base de indiferencia en relación a si las disposiciones son de contenido moral bueno o al menos aceptable en la mayoría de casos y a la larga. La presunción moral aquí actúa contra las disposiciones perversas, y esta presunción actuará contra cualquier obligación moralmente basada de obedecer tales disposiciones. Conforme al análisis que se ha hecho, una promesa de obedecer disposiciones perversas no podría ser justificada moralmente y una promesa de este tipo, incluso la de obedecer *todas* las disposiciones (justas o injustas), no tendría fuerza obligatoria.

La insatisfacción con la teoría del consentimiento ha llevado a teóricos políticos a tomar en consideración otros posibles fundamentos para la obligación de obedecer al Derecho. Así, basándose en un apropiado sentido de la gratitud, con frecuencia se alega que la recepción de beneficios le obliga a uno a mostrar la conducta apropiada correspondiente. Algunos han dicho (por ejemplo, Platón en el *Critón*) que cuando el beneficio proviene del estado, la conducta apropiada correspondiente consiste en obedecer las disposiciones jurídicas.

Otros se han centrado en una versión especial de la teoría del beneficio, llamada del *fair play*, para establecer el deber de obedecer al Derecho. He aquí el cuadro que ellos presentan. La gente está comprometida en una actividad, una práctica o una empresa compartida que es ampliamente beneficiosa (como ahorrar agua en tiempo de sequía o reducir el consumo eléctrico para encarar un apagón). Los beneficios de esta actividad sólo pueden obtenerse si la mayoría de la gente participa, pero hacerlo acarrea ciertos costes para cada uno de ellos. La teoría del *fair play* alega que dada nuestra participación en esta práctica (en particular, a través de la recepción voluntaria de beneficios y de los costes que para otros tiene la provisión de estos beneficios) debemos devolver de alguna forma los beneficios recibidos. Ello a menudo se traduce en cumplir con las disposiciones jurídicas.

En el presente estudio no podremos someter a discusión los argumentos recién introducidos en favor de un deber generalizado, un deber de cada uno, de obedecer todas las disposiciones jurídicas. Será suficiente con decir que un buen número de teóricos políticos se han centrado en estos tres argumentos estándar –los basados en el consentimiento, en la gratitud por los beneficios y en el *fair play*– y han mostrado que cada uno de ellos fracasaba.

A partir de ahí, algunos han concluido que simplemente no hay obligación, no hay obligación *moral*, para cada uno de obedecer todas las disposiciones de su propio país. En efecto, para algunos al menos puede no haber una situación de obligación de obedecer cualquiera de las disposiciones[4]. Otros, a partir de la misma muestra, han concluido que ninguno de los argumentos estándar puede funcionar, pero que quedan otros abiertos, que una aproximación radicalmente diferente puede funcionar. Y algunos incluso han sugerido las principales líneas de esta aproximación[5]. Me inclino hacia esta segunda visión, convenientemente matizada.

---

[4] John Simmons, en su libro *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton, NJ, Princeton, NJ, 1979) discute un número de tales bases: fidelidad o consentimiento (caps. 3 y 4), fair play (cap. 5), el deber natural de justicia de Rawls (cap. 6) y gratitud o reembolso (cap. 7); véase también págs. 15-16 y 54-55. Simmons llega a la conclusión que he identificado en el cap. 8 de su libro; muchos teóricos anarquistas se harían, naturalmente, eco de esta conclusión.

[5] John Horton, en su libro *Political Obligation* (Atlantic Highlands, NJ, Humanities Press International, 1992) examina estos mismos fundamentos en caps. 2 (sobre el consentimientro) y 4 (fair play y gratitud) y los encuentra deficientes. Sugiere que hay que tomar una aproximación básica diferente que es desarrollada en el capítulo final de su libro (cap. 6). Para una línea de ataque similar con una similar conclusión , véase Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986), cap. 6.

Algunos materiales para un nuevo comienzo

Atendiendo a cómo empezar de nuevo, reparemos en primer lugar en un interesante punto de semejanza en las tres teorías estándar: todas tratan la obligación de obedecer al Derecho como una obligación principalmente moral y así los fundamentos que enfatizan son fundamentos característicamente morales. Las teorías estándar están interesadas en los fundamentos *generales* para obedecer al Derecho –fundamentos operativos en todas o casi todas las sociedades, fundamentos que podrían cubrir todos los Derechos o, posiblemente, todas las personas– y desdeñan las razones que son locales o características sólo de una particular sociedad (o tipo específico de sistema). Pero sus análisis, por su propia naturaleza, crean un profundo problema; no pueden mostrar que los deberes así generados –por referencia a estos fundamentos generales característicamente morales (fundamentos como el acuerdo o el consentimiento expreso o la gratitud por los beneficios recibidos o el *fair play*)– pueden ser deberes de toda la gente de un país determinado de obedecer todas las disposiciones de ahí. O así ha sido argumentado. La búsqueda de esta generalidad se ha mostrado inútil y nada fructífera.

También es necesario sacar a relucir una segunda característica de la aproximación estándar. Los fundamentos favoritos citados por esta aproximación tienen todos en común que invocan algún acto *voluntario* por parte del sujeto. Típicamente, los sujetos voluntariamente han prestado consentimiento o, en una alternativa, voluntariamente han recibido beneficios o, en otra alternativa, conscientemente han participado en una práctica o actividad compartida de la que han recibido voluntariamente beneficios de muchos clases y en la que ahora se les llama a contribuir. Todos estos casos descansan sobre el mismo punto principal: tener una obligación implica que *voluntariamente* se ha tomado dicha obligación mediante algún tipo de transacción (moralmente aceptable).

Este pronunciado énfasis en la voluntariedad tal vez esté fuera de lugar. Se pueden tener deberes que no estén en absoluto basados en actos voluntarios. Por ejemplo, los menores (digamos, los adolescentes) pueden tener deberes hacia los padres que no estén fundados en transacciones voluntarias por parte de los jóvenes; muchos de los beneficios que han recibido no pueden ser vistos como voluntarios o como tomados voluntariamente (por ejemplo, el enorme número de beneficios que recibieron cuando eran infantes o muy pequeños). Aún más, es posible que la relación en la que están con sus padres sea importante debido a (o al menos en parte) los deberes que tienen.

Considérese ahora un caso paralelo. Los requerimiento de conducta que el Derecho impone sobre la gente se deben a veces al estatus que los individuos tienen en una determinada sociedad política (tales como posa-

dero, patrono o, más típicamente, ciudadano). Otras veces, las directivas normativas de conducta que impone el Derecho están vinculadas al territorio y se imponen simplemente debido a acciones creadoras de normas de los funcionarios del estado. Estos requerimientos se diferencian de las obligaciones voluntarias en un número importante de aspectos. No implican necesariamente compromisos o determinadas transacciones cuya función es poner a un ciudadano específico bajo un determinado requerimiento; en los casos típicos no obligan a individuos definidos o nombrados (sino, más bien, a todos los ciudadanos). Por decirlo en pocas palabras, necesitamos ser capaces de argumentar que conforme a tales disposiciones se puede tener un deber, sin asumir que ese deber está ahí sobre la base de algún compromiso voluntario o transacción determinada, cuya función no es otra que la de poner al ciudadano específicamente bajo este requerimiento.

Hay otra dimensión de la importante cuestión de la voluntariedad que también debe ser mencionada. La mayoría de la gente en realidad son ciudadanos o miembros de sólo un país durante toda su vida. Nacen en un país y pasan su vida en él. Muchos otros, por sus propias razones, se unen a ellos y ciertamente echan suerte allí; esto debemos concederlo. Pero debemos ser capaces de centrar el asunto del deber de obedecer las disposiciones jurídicas para la gran mayoría (para los que nacieron allí), si seriamente tenemos la pretensión de que los ciudadanos tienen o pueden tener un deber de conformar su conducta a las disposiciones. En breve, necesitamos ser capaces de discutir el deber que se puede tener de conformarse a las disposiciones del país en el que se ha nacido, sin asumir que el deber existe y que sólo puede existir sobre la base de algún compromiso voluntario o transacción determinada cuya función es poner al ciudadano específicamente bajo ese deber[6].

Un último punto valioso. A menudo, la gente habla de un deber de obedecer al Derecho para referirse a un sistema específico. Aquí la obligación de obedecer las disposiciones jurídicas no se representa en absoluto como una obligación de tipo moral; sino, más bien, es concebida sobre la base de alguna característica del propio sistema político. Así, se podría alegar que en un Estado democrático las normas de la democracia requieren que se acepte

[6] La aproximación que estoy esbozando en este párrafo ha sido seguida por diferentes teóricos. Véase, por ejemplo, Rawls, *Teoría de la justicia* (Cambridge, MA: Harvard University Press, ed. Revisada 1999) sec. 19 y cap. 6, esp. Sec. 51-3; R. Martín, *A System of Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1993), cap. 8; también Jeremy Waldron , "Special ties and natural duties", *Philosophy and Public Affairs*, 22 (1993), y los caps. en Horton y en Dworkin citados en la nota 5. Para una crítica de estas aproximaciones, véase Richard Dagger, "Membership, Fair Play, and Political Obligation", *Political Studies*, 48 (2000).

el Derecho establecido democráticamente como Derecho, como Derecho obligatorio, y estar dispuesto a cumplirlo mientras permanezca en vigor.

El problema de adoptar la aproximación muy general de las "razones morales" para la obligación política (donde consideramos *solamente* razones morales a las que obligan a todas las personas en todo tiempo y lugar a obedecer todas las disposiciones jurídicas de su país) no es sólo que no funciona, lo que ya se ha mostrado, sino que además desvía la atención en relación con la noción de obligación especial (del tipo que sea) hacia las disposiciones *como tales disposiciones*.

Parece que si determinaramos lo que puede decirse simplemente de las disposiciones en tanto que disposiciones y del sistema político específico en el que ellas existen, podríamos en principio generar y justificar tal deber. Si no podemos hacerlo, podríamos preguntarnos si, después de todo, realmente estamos hablando de obligación *política*. Si queremos tomarnos en serio la cuestión de una obligación hacia las disposiciones en cuanto tales, entonces deberíamos hacer de las razones específicas del sistema nuestra primera línea de ataque en la determinación de los fundamentos de la obligación de obedecer al Derecho.

Permítanme ahora resumir los principales temas de la nueva aproximación sugerida para evaluar la obligación política. Primero, hay que enfatizar el caso de la gente que nace en un país determinado y que reside en él a lo largo de su vida. Y no asumir que cualquier deber de obedecer las disposiciones es un deber que ha sido adquirido voluntariamente o que es implicado por una transacción de algún tipo. Segundo, hay que, al menos en el peldaño inicial, centrarse en las características específicas del sistema político del país en el que esa gente reside, para ver si de estas características surge algún tipo de deber de obedecer allí las disposiciones. Y, finalmente, hay que elevar la cuestión en busca de la generalidad, tratando de encontrar razones generales que respaldasen una obligación de todas las personas en todos los tiempos y lugares de obedecer todas las disposiciones jurídicas de su país.

Seguir esta nueva aproximación recién sugerida no excluye que podamos formularnos las preguntas morales. Podemos seguir cuestionándonos si un sistema de concepciones e instituciones políticas en el que los elementos de la obligación política han sido establecidos como una incrustación puede ser moralmente aceptable. O podemos cuestionar si muchas disposiciones generadas por ese sistema son moralmente aceptables. Esto es lo mismo que preguntar si la obligación política de un sistema específico puede estar moralmente justificada.

Pero las cuestiones que aquí estamos formulando sólo pueden preguntarse y responderse en el orden que les he dado. Sin mostrar primero que la obligación es debida a las disposiciones *qua* disposiciones y que tal obli-

gación se le puede dar una justificación sistemática específica, cualquier programa para la justificación moral de la obligación política parecería estar fuera del objetivo. No podría decirnos si (o porque) tenemos un deber de cumplir las disposiciones en tanto que disposiciones. Y esto olvidaría el punto sobre el que levantar la cuestión de la obligación *política* en primer lugar. O así yo lo argumentaría[7].

Otro intento para la obligación política

A partir de esta nueva aproximación que he esbozado, podemos brevemente considerar un ejemplo de cómo se desarrollaría. Imaginemos un esquema simplificado de sistema político que incluya unas nociones mínimas tales como derechos constitucionales fundamentales (o derechos civiles básicos) y procedimientos democráticos.

Los derechos civiles activos son derechos políticos universales dentro de una determinada sociedad. Hay maneras de actuar, o maneras de ser tratado, que son específicamente reconocidos y afirmados en el Derecho para todos y cada uno de los ciudadanos de allí (o, en el caso de los límites, para toda persona individual) y son activamente promovidos.

Cuando tales derechos han sido promulgados, aplicados y coordinados entonces tenemos un sistema de reglas de derechos civiles. Y no podríamos tener un tal sistema sin agencias que hicieran esas cosas. A su vez, estas agencias tendrían que mostrar algún grado de coordinación entre ellas. De este modo, el estado, visto como un conjunto coordinado de agencias, entraría en el cuadro como un instrumento para la producción de un sistema de derechos civiles.

Pero ¿cómo podrían las agencias del estado promulgar reglas que constituirían, o al menos ayudarían a definir, los derechos civiles de las personas individuales? ¿Qué bases se podrían tener para creer que las reglas y prácticas generadas por la acción gubernamental fueran realmente reglas de derechos, prácticas de derechos? Esta es una cuestión difícil, pero podría contestarse que es así donde hay democracia.

Plausiblemente podría argumentarse que las instituciones democráticas –elegibilidad universal para votar (una persona, un voto), votación regular y competitiva en dos niveles distintos (el nivel del parlamento y el nivel de elecciones generales) y regla de las mayorías– pueden, actuando como un conjunto (y sobre una base electoral mayoritaria), efectivamente proveer el conjunto requerido por los derechos civiles. Podría pretenderse que los procedimientos democráticos son una forma estable y relativamente confia-

[7] Para una elaboración, véase mi libro *A System of Rights*, cap. 1; y también pág. 186.

ble de identificar, y por tanto de implementar, disposiciones y políticas al servicio del interés común de los votantes o a gran número de ellos, presumiblemente al menos de la mayoría.

Los derechos civiles identifican formas de actuar o formas de ser tratado que podrían exigirse por todas las personas para ellas mismas individualmente. Exigirse porque estas formas de actuar (o de ser tratados) forman parte de lo que beneficia a cada persona o son instrumentales para ello.

La gente ve estas maneras como medios para o parte de cosas que considera valiosas. Todos preferirían tener a su disposición estas formas que no tenerlas –incluso bajo la condición de que esta misma forma esté a disposición de otros, en realidad, de todos. Una manera de actuar (o de ser tratado) que ha sido identificada y sostenida por una disposición y que puede ser apoyada, argumentadamente, como en el interés de todos, en el interes de todos y cada uno de los ciudadanos, está *justificada* como un derecho civil.

A menudo se dice que los derechos, ciertamente los derechos justificados, son correlativos de deberes, significando de este modo que un derecho siempre implica o tiene adherido algún deber de otros. El punto aquí, puesto precisamente, es que cualquier derecho genuino debe implicar algún significante normativo de guía de la conducta de personas distintas del titular. Y es esta verdad, crucial para el concepto de derechos, la que quiero enfatizar.

Así, por cada derecho (por cada manera de actuar o de ser tratado establecida sobre la parte un titular de un derecho) hay algún tipo de significante de guía normativa dada para la conducta de otras personas. En un sistema de derechos civiles, los derechos de los individuos se mantienen, al menos en parte, por la acción de la gente sobre la que recae el deber relevante (la guía normativa relevante), sobre estas personas recaen las directivas *primarias* de conducta que han sido impuestas. A veces un determinado requerimiento se impone a *todos* los ciudadanos (ej. la prohibición del asesinato). Otras veces el "deber" requerido se impone sólo sobre algunos.

Más allá de toda la gama de casos, lo importante es que cada ciudadano tiene hacia los otros ciudadanos (todos son titulares de derechos) el estatus de titular de un deber en el caso de muchos derechos civiles. Y cada titular de un derecho puede reclamar del estado, o a los otros, ayuda para mantener estos derechos –para hacer cumplir estos derechos– cuando los titulares primarios del deber dejan de actuar correctamente, actúan desviadamente. Así, conforme al argumento, todo ciudadano individual tiene algunos –aunque diferentes– requerimientos conducta impuestos por los derechos civiles.

En último término, si asumimos que las principales instituciones democráticas están dadas (sufragio universal, competencia electoral y regla de las mayorías) y que las disposiciones de derechos civiles han sido debidamente establecidas bajo estas instituciones; consecuentemente, es aplicable la pre-

sunción de que estas disposiciones incorporan un beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos en las diferentes maneras de actuar, o de ser tratados, que el Derecho garantiza para todas las personas en general.

No estoy sugiriendo, por cierto, que las instituciones democráticas siempre alcancen el resultado identificado. Ciertamente no es así en cada caso. Pero lo importante es que si las instituciones democráticas se ajustan a aquello que las justifica en primer término, entonces *en efecto* tienden a producir normas de derechos civiles (entre otras cosas) y no a actuar reemplazando o perjudicando tales derechos[8].

Donde los derechos están establecidos en disposiciones democráticas (como lo están en el sistema de derechos civiles que estamos investigando), es precisamente en las disposiciones que establecen las directivas relevantes para la conducta de las personas en respeto de tales derechos. Obviamente, los derechos no cuentan para mucho a menos que sean mantenidos. Y la principal manera de mantenerlos es que la gente cumpla sus deberes y actue en conformidad con las disposiciones de derechos de derechos civiles. Se sigue, entonces, que el miembro típico (o ciudadano) en tal sociedad tiene deberes definidos de conformar su conducta a las disposiciones que definen derechos y mantienen derechos. Allí donde los derechos están definidos y mantenidos por el Derecho, cumplir con el deber de uno bajo un determinado derecho consiste simplemente en cumplir la(s) disposición(es) en cuestión.

Así, el ciudadano típico en un sistema democrático de derechos tiene allí un deber peculiar o especial, el deber de obedecer las disposiciones de derechos civiles. Este no es un deber hacia las disposiciones *qua* disposiciones; podemos suponer que en esta sociedad hay disposiciones válidas que no caerían bajo el deber en cuestión. Más bien, el deber de adaptarse al Derecho es debido precisamente respecto de las disposiciones promulgadas que definen o mantienen derechos civiles. En el caso más simple, este deber es un deber sistemático específico donde mantiene el bien para cada ciudadano.

Las disposiciones sobre derechos son obligatorias sobre la conducta no porque las disposiciones impliquen derechos, sino porque son derechos. Por tanto, no es que cada una sea conforme a las normas de derechos aplicables por lo que están afirmadas en disposiciones, hacia las que, independientemente de este carácter de derechos, los ciudadanos tienen una posición de

[8] La conexión de estos dos principales elementos –derechos civiles e instituciones políticas democráticas- está desarrollada y argumentada, de manera considerablemente extensa, en mi libro *System of Rights*, especialmente en los caps. 6,7,12 y el apéndice. Para un conveniente tratamiento del principal argumento, véase mi artículo más breve "Basic Rights", *Rechtstheorie*, Beiheft vol. 15 (1993).

deber; es, más bien, la inversa. Los ciudadanos son requeridos a obedecer las disposiciones de derechos –y ellos mismos comprender correctamente estar bajo un tal requerimiento– en tanto que aquellas disposiciones establecen correctamente (como podemos presumir que hacen) las guías normativas relevantes para la conducta apropiada hacia los derechos implicados.

Los ciudadanos tendrían una posición comprometida a atenerse a aquellas disposiciones. Resultaría claro, por otra parte, que los derechos de cada persona estarían apoyados por la conducta obediente a las disposiciones que son derechos que *aquella* persona tiene. Así, la reciprocidad de un sistema de derechos civiles, y la idea de fondo de que los derechos civiles justificados son beneficiosos para todos y cada uno, provee la principal razón o justificación de los ciudadanos para cumplir su deber mediante la obediencia a las disposiciones de derechos.

Si la idea de un sistema de derechos requiere cumplimiento de *todas* sus disposiciones o si sólo implica *estricto* cumplimiento de todas las disposiciones de derechos civiles es claramente una cuestión disputada. Pero tengo mis dudas de que haya alguna disputa real dado que la posición de los ciudadanos hacia el Derecho en este particular sistema es especial, una posición que los adhiere a las disposiciones, esto es, a las disposiciones que formulan y ayudan a mantener derechos civiles.

Nuestro análisis satisface los estándares que pusimos antes para cualquier nueva y mejorada teoría de la obligación política. En el desarrollo de este análisis no hemos intentado encontrar razones generales que asegurasen una obligación de toda la gente en todos los tiempos y lugares de obedecer las disposiciones jurídicas de su país. Mas bien, nos hemos centrado a través de una razón sistemática específica, dada por la idea de un sistema democrático de derechos civiles, diciendo que los ciudadanos tienen allí un deber de obedecer las disposiciones de derechos. Este particular deber no es uno que nosotros asumimos por haber sido voluntariamente adoptado, ni se ha extraido de alguna forma de transacción. Y, finalmente, hemos enfatizado y tomado en cuenta los casos de la gente que simplemente ha nacido en un determinado país o que han sido residentes durante toda su vida; ellos son los progenitores primarios del tal sistema de derechos civiles en aquel país, así como ellos son sus beneficiarios primarios.

Lo que hemos estado buscando, a través de este análisis, son razones específicas para que un determinado sistema político pudiera obligar a la gente a conformar su conducta a las disposiciones jurídicas, simplemente como tales disposiciones de ese sistema. Si un sistema así existe realmente en un grado apreciable en el país en el cual vive un grupo de personas, entonces allí habremos encontrado razones que obligarán a esa gente respecto de las disposiciones, simplemente en tanto que disposiciones correctamente

dictadas, o que obligarán a la gente con respecto a un importante subconjunto de esas disposiciones. Siguiendo las líneas de esta nueva aproximación alcanzaremos una noción de obligación política definida y útil.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO

¿POR QUÉ SER POSITIVISTA?

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. ¿Observadores o participantes?

La distinción, introducida por Hart, entre el punto de vista externo (o del observador) y el punto de vista interno (o del participante) ha resultado una distinción central para plantear los problemas relativos al conocimiento del Derecho y, particularmente, el del significado de la categoría de "validez" que los enunciados sobre el Derecho habitualmente utilizan. La distinción ha generado una ingente literatura.[1] No pretendo ahora analizar todos esos problemas y mucho menos la debatida cuestión erudita de interpretar lo que Hart quiso decir. Me parece, sin embargo, que la distinción tiene para la Filosofía del Derecho un alcance que trasciende aquellos problemas en torno a los que inicialmente se planteó, pues sirve para enmarcar cuál es el punto de vista que el filósofo del Derecho asume (o debe asumir) tanto cuando hace teoría de la ciencia jurídica, como cuando hace teoría general del Derecho o cuando hace teoría de la justicia.[2]

Me limitaré, pues, a analizar cuatro dobles cuestiones que la distinción permite plantear y que me parece necesario resolver para comprender en qué consisten las denominadas "ciencias jurídicas", de un lado; en qué consiste la "teoría del Derecho" (o "teoría general del Derecho"), de otro; y en qué consiste, finalmente, la teoría de la justificación del Derecho. Las cuestiones son las siguientes: (1) ¿quién es un observador y quién es un participante?

---

[1] Limitándome a la literatura más cercana y de la que, en gran medida, voy a hacer uso explícito o implícito a continuación: Juan Carlos Bayón 1996, *Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto*; Eugenio Bulygin 1998, *Sobre observadores y participantes*; Albert Calsamiglia 1997, *Teoría del participante versus teoría general del Derecho*; Ernesto Garzón Valdés 1990, *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral*; Riccardo Guastini 1999, *Conocimiento sin aceptación*; Francisco J. Laporta 1990, *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*; Carlos S. Nino 1994, *Derecho, moral y política*; Alfonso Ruiz Miguel 1997, *Derecho y punto de vista moral*.

[2] Estoy asumiendo, como es obvio, la tesis de Bobbio sobre las tareas de la filosofía del Derecho (Bobbio 1980, p. 98 y 99).

(2) ¿quién hace ciencia del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes? (3) ¿quién hace teoría del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes? (4) ¿quién hace "teoría de la justicia", un observador o un participante, y a quién se dirige la "teoría de la justicia", a observadores o a participantes?

1.1. ¿Quién es un observador y quién es un participante?

La distinción de Hart se apoya en que existe un punto de vista externo a los sistemas de normas y, por tanto, a los sistemas jurídicos que se limita a describir que el sistema existe, o que esta o aquella norma existe en el sistema e incluso que, conforme a las normas del sistema, tal conducta está prohibida, o es obligatoria o está permitida, pero que no utiliza las normas para establecer afirmaciones genuinas sobre lo que debe o no debe hacerse (digamos: que sólo menciona las normas del sistema, pero no las usa). En palabras de Hart:

> "Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra ab extra el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte. La expresión natural de este punto de vista externo no es "It is the law that..." ("El derecho dispone que.."), sino "En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento..." ... Denominaremos a la segunda forma de expresión un enunciado externo, porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan." (Hart 1977, p. 128).

No hay dificultad alguna en adscribir este punto de vista externo a un historiador que constata que existió el Derecho clásico romano y que, conforme al Derecho clásico romano, "distinguíanse los hombres libres en ciudadanos y peregrinos (*cives* y *non cives*)" (Serafini 1927, p. 165); no parece haber dificultad, tampoco, en adscribir similar punto de vista al antropólogo que describe el orden normativo seguido en una determinada tribu y afirma que, conforme a él, "si una persona ha ingerido comida del jefe entonces está tû-tû" (Ross 1961, p. 11); tampoco, quizá, al sociólogo que constata que en la ciudad de Madrid está legalmente prohibido aparcar en doble fila y que la mayor parte de la gente aparca continuamente en doble fila. Ha de advertirse, sin embargo, que para hacer cualquiera de las tres afirmaciones no basta una mera observación –directa o por referencias- a la conducta de los miembros de esos grupos sociales, sino que se requiere algo más, esto es: comprender el sentido que ellos atribuyen a ciertas pautas tradicionales o a ciertos actos de la autoridad. Un observador absolutamente externo -un marciano observando la tierra- podría afirmar que "cuando se enciende una luz roja los terrestres se paran y se tocan la nariz", del mismo modo que un

observador absolutamente ignorante podría afirmar que "el ajedrez es un juego que nunca se empieza moviendo la ficha con forma de torre ni la ficha con forma de peón que está colocada en un extremo". Ni el marciano ni el ignorante pueden distinguir lo que se hace porque es obligatorio y lo que no se hace porque está prohibido de lo que se hace o no se hace por rutina o por conveniencia. La diferencia entre el marciano y el ignorante, de un lado, y el romanista, el antropólogo y el sociólogo, de otro, es que éstos últimos no tienen un punto de vista absolutamente externo a esas prácticas sociales sino que están lo suficientemente cerca de ellas como para interpretar los hechos de acuerdo con los sentidos que los sujetos de esas prácticas les atribuyen. Como señala MacCormick:

> "Mediante la observación, descubrimos que el 99 % de los conductores paran los coches frente a los semáforos rojos. Al mismo tiempo, las mismas observaciones revelan que el 95 % de los conductores conectan la radio cuando se paran frente a los semáforos. Nos encontramos con dos hábitos – un hábito de detener el coche y un hábito de poner la radio. Sin embargo, como todos sabemos, sólo nos encontramos con una regla. Es una regla que uno debe pararse ante un semáforo rojo. No es una regla que uno deba conectar la radio cuando se para frente a un semáforo. ¿Cómo sabemos que hay una regla en un caso y no en el otro, y cómo podemos explicarlo? No mediante la mera observación externa estadística. Lo sabemos porque nosotros mismos somos participantes en las prácticas sociales relevantes, y no marcianos." (MacCormick 1986, p. 130).

Lo que parece claro es que, efectivamente, el único tipo de observación que puede explicar el sentido de las prácticas sociales, trátese de juicios o normas morales, juicios o normas estéticas o juicios de valor o normas del tipo que fueren, es una observación que "comprende" lo que quieren decir quienes las usan, aunque el observador se limite a mencionarlas y no a usarlas él mismo. Ello exige, como MacCormick sostiene luego, que un observador teórico ha de practicar una cierta hermenéutica. No creo, sin embargo, que haya que concluir –como parece concluir MacCormick– que el observador sea él mismo un participante, sino simplemente que utiliza las categorías del participante. No hace falta que Serafini crea que el Derecho romano clásico le obliga actualmente a él o a alguien, basta con que Serafini comprenda y exprese lo que el Derecho romano significaba para los juristas y para los ciudadanos romanos, como basta que el antropólogo comprenda lo que "estar tû-tû" significa para los magos y para los miembros de la tribu o que el sociólogo comprenda lo que significa para el alcalde, para los agentes de tráfico y para los madrileños que "está prohibido aparcar en doble fila". Aunque varias veces he visto en televisión, y he tratado de comprender, el juego del fútbol americano, mi capacidad de explicarlo es nula porque desconozco las reglas que jugadores, árbitros y público ponen en práctica; mi posibilidad de descripción se limita, como la del marciano, a relatar una

constante serie de idas y venidas en grupo con ciertas dispersiones, frecuentes encontronazos físicos y repentinos reagrupamientos, algo parecido a lo que hace la gente que huye de una catástrofe. Resulta evidente que mi descripción, aunque tratase de extenderla con más detalle, no comprende ni explica el juego del fútbol americano y ello es por la simple razón de que desconozco lo que ellos consideran reglas del juego. La conclusión parece obvia: un observador del Derecho (quiero decir: de un sistema jurídico) capaz de explicar su sentido no es un observador absolutamente externo, sino un observador cualificado para comprenderlo, un hermeneuta.

Respecto a la segunda parte de la cuestión, lo mejor será, para empezar, utilizar nuevamente las palabras de Hart:

> "Quizás la forma más simple es la expresión *"It is the law that..." ("El derecho dispone que..")* que podemos hallar en boca no sólo de los jueces sino de los hombres comunes que viven bajo un sistema jurídico, cuando identifican una determinada regla del sistema. Tal expresión, como: "Saque lateral" o "Gol", es el lenguaje de una persona que aprecia una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para ese propósito. (...) Denominaremos a la primera forma de expresión un enunciado interno, porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema." (Hart 1977, p. 128)

Tampoco resulta problemático adscribir este punto de vista interno al árbitro que hace sonar su silbato para señalar que un jugador ha cometido una entrada ilegal, lo que implica que acepta y aplica la regla que configura como ilegal esa determinada acción, lo que a su vez implica que acepta y aplica la regla que establece que las reglas de ese juego las fija, por ejemplo, el Comité Directivo de la Federación Internacional de Este Juego (FIEJ), lo que a su vez implica que acepta y aplica la regla estatutaria de la FIEJ que autoriza a la Asamblea General de la FIEJ a delegar en el Comité Directivo el establecimiento de las reglas del juego, y así sucesivamente. Lo mismo cabe decir, sin problemas, de los jugadores y, con toda probabilidad, de los aficionados que ocupan las gradas y que, a lo sumo, criticarán la decisión del árbitro si entienden que no ha sido conforme con la regla aplicable. Es de señalar, aunque parezca una obviedad, que si un aficionado sostiene que todas estas reglas son peregrinas y que lo mejor es que los jugadores hagan lo que quieran y que el árbitro se calle, cualquier otro le señalará como un ignorante, un loco o, lo que es peor, un infiltrado. Ello ocurre porque, como es obvio, los árbitros, los jugadores y los aficionados de Este Juego se caracterizan, todos ellos, por aceptar las reglas del juego. Del mismo modo un participante en el Derecho es quien utiliza las normas jurídicas, lo que implica una serie semejante de aceptaciones (que son jurí-

dicas las normas que –por ejemplo– se publican en el BOE, lo que implica aceptar que es jurídica la ley que dice que las normas entran en vigor a los veinte días de publicarse en el BOE, etc. etc.) para reconocer la existencia de una regla particular o la conformidad o disconformidad de una acción con una cierta regla particular ("este testamento no vale", "tú estás obligado a indemnizar", etc.).

Lo peculiar del participante en el Derecho, frente al participante en un juego cualquiera, es algo que, aunque parecería obvio, pocas veces ha sido tan claramente puesto de relieve como lo ha hecho Philip Soper:

> "Existe una muy buena explicación para la desconfianza de los teóricos del derecho, respecto a sustentar el elemento normativo observado en el derecho, en una directa analogía a las bases normativas de un juego, pero es una explicación que arriesga el éxito de todo el proyecto teórico. De manera diversa a los jugadores de un juego, y a los miembros de un club, *un funcionario de un sistema jurídico debe jugar con reglas que se aplican a los que no son miembros y a los que no son jugadores."* (Soper 1993, p. 77, *cursiva mía*)[3]

En efecto, la peculiaridad del participante en un sistema jurídico es que su participación, su utilización compartida de reglas, no tiene por qué corresponderse con una aceptación voluntaria. Cuando un español laico en el año 1968 afirmase: "el Derecho dispone que no está permitido el divorcio" o, más breve y plausiblemente, "aquí no está permitido el divorcio", estaría apreciando una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, reconocía como vigentes aunque en absoluto como apropiadas a ningún propósito que él, y otros muchos españoles laicos, compartiesen; y estaría haciendo un enunciado interno, al usar con naturalidad esa forma de expresión, utilizando una regla de reconocimiento que moralmente no aceptaba y sin enunciar el hecho de que moralmente no la aceptaba, pero que no le quedaba más remedio que aplicar al reconocer la validez de una norma particular del sistema (la que prohibía el divorcio). Este participante satisface el requisito de Hart de que, al hacer un enunciado interno, presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, pero es dudoso que, al hacerlo así, tenga que reconocer que la regla de reconocimiento es apropiada. Le basta, como al observador, enunciar – o dar por supuesto – que algunos otros la aceptan (principalmente aquellos que de hecho ostentan el poder). Por supuesto, el español nacionalcatólico de la época, además de coincidir con el laico

[3] En parecido sentido afirma Laporta (1990, p. 133): "Al fin y al cabo, aunque todo el mundo viva en el seno de algún ordenamiento jurídico, la mayoría lo hace en el papel de sujeto paciente o, lo que es lo mismo, de mero observador extraño que sufre o disfruta como destinatario la regulación jurídica en cuestión". Un observador que sufre o disfruta - diría yo - es alguien que, de algún modo aunque sea involuntario, participa o se-ve-obligado-a-participar.

en que "aquí no está permitido el divorcio", podía usar con naturalidad esa forma de expresión, utilizando una regla de reconocimiento que moralmente le entusiasmaba y sin enunciar el hecho de que moralmente le entusiasmaba. Pero lo que afirmaba sobre el divorcio era exactamente lo mismo que el laico[4].

La conclusión más relevante de la respuesta a esta segunda cuestión es, según creo, la siguiente: el participante es, para el Derecho[5], todo aquél que queda sometido a sus normas sin que se requiera, para ser participante, ningún grado de aceptación o reconocimiento distinto a la mera constatación, por lo general fácilmente perceptible, de que "ese" es el Derecho vigente. Lo que significa que entre el observador externo comprensivo (hermeneuta) y el que se ve obligado a participar en un sistema jurídico –aunque moralmente le resulte repudiable– no hay una gran diferencia; y que tampoco la hay entre este participante-no-aceptante y el participante-entusiasta por cuanto se refiere a identificar las normas que son válidas según las reglas de reconocimiento vigentes y los actos que son válidos o inválidos, lícitos o ilícitos, según las normas válidas.

1.2. ¿Quién hace ciencia del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes?

La gran tentación contemporánea de quienes se ocupan de estudiar el Derecho positivo es identificarse como "científicos". El debate sobre la ciencia del Derecho es tan antiguo como ella misma y no me ocuparé ahora de él. Lo que ahora quiero constatar es que el denominado "científico del Derecho", aquél que cultiva el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Penal, el Derecho Laboral, etc., no se parece en casi nada al romanista, al antropólogo ni al sociólogo; por el contrario se parece, y mucho, al que cultiva la "teoría del ajedrez". Todos los libros que conozco sobre teoría del ajedrez son libros que enseñan, mejor o peor, a jugar al ajedrez. Son libros normal-

---

[4] Coincido, por tanto, con Laporta (1990, pp. 134-135): "Me parece que sobre la *verdad* del enunciado "La norma A es derecho válido en el sistema X", entre el punto de vista de un observador mínimamente informado y el del identificado con el sistema *tiene* que haber coincidencia porque su posición es irrelevante *a efectos cognitivos*."

[5] La tesis que aquí sostengo en relación con el Derecho es, por lo demás, perfectamente aplicable a cualquier orden normativo del que se pueda predicar la vigencia (esto es: el hecho de que, con cierto grado de efectividad o con la satisfacción de determinados requisitos formales, un grupo "reconoce" la obligatoriedad de sus reglas). El que alguien no acepte los dictados de la moda, y de hecho no los siga, no le incapacita para utilizar las reglas de la moda vigentes en un grupo a la hora de apreciar una situación por referencia a ellas (no hay ninguna autocontradicción en decir, por ejemplo: "No vas bien vestido de acuerdo con esta absurda moda").

mente escritos por jugadores de ajedrez que no se limitan a describir las reglas constitutivas del juego del ajedrez, ni lo que los jugadores de ajedrez entienden por jugar al ajedrez, ni siquiera sólo lo que los grandes jugadores de ajedrez entienden que ha de hacerse para jugar bien al ajedrez, sino lo que el autor mismo entiende que hay que hacer para jugar bien al ajedrez; es decir, cómo aplicar las reglas constitutivas del juego para ganar. Los libros de teoría del ajedrez contienen las reglas constitutivas del juego (que son pocas y sencillas) y las reglas técnicas para jugar bien (que son muchas y muy complicadas). Del mismo modo, todos los libros que conozco de "ciencia del Derecho" satisfacen el punto de vista interno de Hart, es decir: contienen enunciados internos usados con naturalidad por quienes, aceptando (o, quizá, sólo utilizando) la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada (o, quizá, sólo utilizada), la aplican para reconocer como válidas unas y otras reglas particulares del sistema, combinarlas, sistematizarlas, resolver sus contradicciones, rellenar sus lagunas, y aplicarlas a su vez para calificar como válidas o inválidas, lícitas o ilícitas, las posibles acciones u omisiones de los ciudadanos (prescindiendo de que se trate de ciudadanos-participantes-entusiastas o de ciudadanos-participantes-no-aceptantes) o para establecer las consecuencias que sobre ellos "deben" derivarse, sea a favor sea en contra, de los hechos que les suceden o de las acciones que realizan. No conozco ningún jurista científico que pretenda simplemente estar describiendo lo que en "su tribu" entienden por Derecho.

Parece una evidencia, casi innecesaria de recordar, que lo que todo el mundo llama hoy "ciencias del Derecho", "jurisprudencia analítica" (en los países anglosajones) o "doctrina jurídica" es algo que hacen los juristas "científicos" y que ellos son participantes en sentido hartiano y se comportan como tales aunque, a veces, pretendan disimularlo bajo el velo de la "ciencia". Cuestión distinta es que su trabajo incluya muchos enunciados observacionales, pero de eso me ocuparé más adelante.

¿A quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes? Me parece extraordinariamente clarificador y original, el planteamiento con el que Philip Soper inicia su libro *Una teoría del Derecho* (Soper 1993) que consiste en preguntarse a quién se dirige la teoría del Derecho (*El problema de la motivación*, ibídem, pp. 14-24). No discutiré ahora, sino más adelante, sus tesis sobre la teoría del Derecho pero aplicaré la cuestión a la ciencia jurídica. Parafraseándole, la pregunta sería: ¿qué podría motivar a una persona inteligente a la exploración de la "masa de literatura pseudocientífica" que existe – pongamos por caso – sobre qué es la competencia desleal o a qué supuestos se extiende la responsabilidad de los administradores? La respuesta parece, en este caso, bastante sencilla. La respuesta

a la pregunta es que esa masa de literatura interesa al juez que tiene que decidir una demanda sobre competencia desleal o sobre responsabilidad de los administradores, al abogado que previamente la ha tenido que preparar o contestar y al profesor que tiene que explicar a sus alumnos la competencia desleal o la responsabilidad de los administradores; y a todos ellos les interesa "según el Derecho del país"; del mismo modo que interesa al comerciante al que han demandado o amenazado con demandar o que, simplemente, quiere prevenirse frente a eventuales demandas o al administrador de una sociedad que se enfrenta a una escurridiza propuesta de inversión. También, eventualmente, le interesa al legislador que quiere –pongamos por caso- modificar la creciente irresponsabilidad de los administradores o, por el contrario, aligerar las cárceles de administradores irresponsables; moralizar la competencia o, por el contrario, culminar un ideal desregularizador. Todos ellos son participantes, se comportan como tales y, sea cual sea el grado de entusiasmo que les provoquen las normas sobre competencia desleal o sobre responsabilidad de los administradores e incluso la propia constitución del país, saben que no les queda más remedio que cumplir las normas o atenerse a las eventuales consecuencias (sólo en el caso del legislador se incluye el remedio de modificarlas, pero eso también se hace "desde dentro").

Desde luego, los libros de ciencia jurídica –en el sentido convencional del término, que vengo utilizando– no se escriben para los historiadores, ni para los antropólogos, ni para los sociólogos, aunque todos ellos puedan en algún momento servirse de ellos para comprender el sentido de alguna norma o práctica jurídica. Ni siquiera se escriben para los extranjeros y muy raro resultaría que -excepción hecha de los cultivadores científicos, profesionales u ocasionales, del "Derecho comparado"- un juez, un abogado o un comerciante español se interese profesionalmente en estudiar la responsabilidad de los administradores en el sistema jurídico camboyano, salvo que ocasionalmente tenga que "participar" en él. La ciencia jurídica interesa, en efecto, a los participantes, principalmente a los participantes profesionales que son los juristas prácticos y a ellos, principalmente, se dirige.

1.3. ¿Quién hace teoría del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes?

Si la "teoría del Derecho" se entiende como "teoría general del Derecho", en el sentido en que la entendió Adolf Merkel como "el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico" (Hernández Marín 1989, p. 31), la "teoría del Derecho" no es más que la parte general de las ciencias jurídicas particulares y, por ello, puede

aplicarse a ella lo dicho en este aspecto sobre la ciencia jurídica. Si, por el contrario, la "teoría del Derecho" se entiende en el sentido en que la entendió Bobbio como "comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto" (Bobbio 1980, p. 98), lo que se corresponde más con su incardinación en la Filosofía del Derecho, parece que el punto de vista podría ser distinto, más típico del observador. Sin embargo, cuando Bobbio desarrolla el programa de la teoría del Derecho, así entendida, incluye seis temas: la teoría de la norma, la teoría de las fuentes, la unidad, la plenitud, la coherencia y las relaciones entre ordenamientos. El estudio de la unidad incluye el de *la validez y la norma fundamental*, el estudio de la plenitud incluye las lagunas y *su integración*, y, finalmente, el estudio de la coherencia incluye las antinomias y *su eliminación*. Aun cuando es dudoso que se pueda construir una teoría de las fuentes que no esté fuertemente contaminada por un punto de vista ideológico-jurídico (como señaló en su momento Ross) y aun cuando es dudoso que se pueda construir una teoría de la validez y la norma fundamental que no adopte –aunque sea sólo como escenario– un punto de vista interno (¿de qué otro modo, si no, se puede sostener que el Derecho catalán es una parte del Derecho español y no un ordenamiento jurídico independiente?), parece todavía más claro que cuando Bobbio incluye en su programa la integración de las lagunas y la eliminación de las contradicciones, está asumiendo que una "teoría del Derecho" que sirva para algo ha de ser una teoría comprometida con un cierto modelo de ordenamiento jurídico (en este caso, el modelo denominado por él mismo "positivista" que asume la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento). Sin duda que todo este programa puede llevarse a cabo con un planteamiento meramente descriptivo que, antes de hacer cualquier aserción, explicite: "De acuerdo con la regla de reconocimiento hoy vigente en el Reino Unido, las fuentes del Derecho británico son...", "los juristas españoles actuales aceptan unánimemente que una norma posterior especial no deroga....", "la práctica social seguida unánimemente por los jueces daneses es que la analogía...". Pero la cuestión es que, por alguna razón que probablemente no es trivial, los libros de teoría del Derecho no suelen estar escritos así, sino que –del mismo modo que los libros de ajedrez– usan con la mayor naturalidad conceptos institucionales o normativos propios de los sistemas jurídicos actuales para reconstruir los modos habituales de derogación tácita (por ejemplo, "*lex posterior derogat...*"), el principio de jerarquía normativa, los requisitos de la analogía, etc. Y la razón es, sin duda, que los que hacen teoría del Derecho la hacen con el propósito de plantear adecuadamente y resolver correctamente los problemas más generales que ocupan a los científicos del Derecho y a los juristas profesionales, es decir a participantes y, por ello, adoptan en general el punto de vista de un participante.[6]

La cuestión de "¿a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes?" ha quedado resuelta -como solían decir los escolásticos- al final de la discusión anterior. Por repetirlo brevemente: la teoría del Derecho, sea en un sentido restringido como "teoría general" de un ordenamiento jurídico determinado, sea en un sentido más amplio como "teoría" abstracta aplicable a cualquier ordenamiento jurídico, se dirige básicamente a los juristas científicos y, en cierta medida, a los juristas profesionales, es decir: a participantes.

Se podrá objetar que hay temas típicos de la teoría del Derecho –como el concepto de Derecho, la relación entre el Derecho y las reglas sociales, la relación entre el Derecho y la moral, la relación entre el Derecho y la fuerza, etc.– que interesan también, y quizás más, a los filósofos y científicos sociales y a los filósofos morales que a los juristas de cualquier clase. Cabe aceptar la objeción, aunque para señalar a renglón seguido que esos temas –pese a su relevancia y a su arraigada tradición como temas filosóficos– suelen constituir sólo el necesario encabezamiento para integrar en un teoría explicativa las cuestiones, en parte ya citadas, relativas a la estructura de los sistemas jurídicos, la tipología de las normas jurídicas, las fuentes de las normas jurídicas, la dinámica de los sistemas jurídicos, la unidad, la coherencia y la plenitud, la interpretación, la aplicación, los conceptos jurídicos fundamentales, etc. Cuestiones, todas éstas, que interesan primordialmente al jurista, científico o práctico, y escasamente al filósofo o al científico social.

[6] Uberto Scarpelli se atrevió a defender abiertamente una concepción "política" del positivismo jurídico (del positivismo como "teoría del Derecho", en uno de los sentidos distinguidos por Bobbio). Paradójicamente, pero no inexplicablemente, su enfoque ha sido poco apreciado por los juristas positivistas; con toda probabilidad -como ha apuntado Mario Jori- porque "la defensa "política" que hace Scarpelli de la jurisprudencia cognitiva debe de haberle parecido al jurista positivo peor que cualquier ataque; una teoría que amenaza las bases mismas de la objetividad del derecho positivo y de la jurisprudencia" (Jori 2001, p. 39). Aunque el planteamiento de Scarpelli pueda ser susceptible de la crítica de que mantiene una consideración estrictamente empirista de la ciencia, a mí me sigue pareciendo tan brillante como acertada su tesis última que, nuevamente en palabras de Jori, podría resumirse así: "la jurisprudencia moderna de índole iuspositivista no es una ciencia, y es bueno que no lo sea" (ibídem, p. 42). Debo a Juan Ruiz Manero el haberme llamado la atención sobre la pertinencia de recordar la tesis de Scarpelli que, efectivamente, tenemos con frecuencia injustamente olvidada.

1.4. ¿Quién hace teoría de la justicia, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría de la justicia, a observadores o a participantes?

Aquí la cuestión cambia sustancialmente. No entiendo a estos efectos por "teoría de la justicia" lo que se ha denominado ética descriptiva, esto es la descripción antropológica o sociológica de los valores que en un grupo social en un momento determinado se asumen como justos, ni la de los que un ordenamiento jurídico determinado ha legalizado (lo que Elías Díaz [1971, p. 63] llama "legitimidad legalizada"). Entenderé la "teoría de la justicia" como una parte de la ética normativa, lo que Hudson llama un "discurso moral de primer orden... la reflexión, argumentación o discusión de lo que es moralmente acertado o equivocado, bueno o malo" (Hudson 1974, pp. 17-18).[7] Indudablemente la reflexión, argumentación o discusión sobre lo que es justo o injusto tiene por objeto principal, si no exclusivo, a las normas jurídicas; es, en este sentido, un segmento, el principal, de la ética pública.[8] La teoría de la justicia implica un punto de vista moral interno y un punto de vista jurídico externo pero peculiar. El primero porque al no limitarse a describir lo que la gente considera que es justo (o lo que hace cuando habla de lo que es justo), sino a establecer lo que es justo, la teoría de la justicia implica la asunción de un punto de vista moral que uno acepta como plausible y a partir del cual desarrolla su reflexión o argumentación. Incluso el positivista ético asume un punto de vista moral cuando afirma que es justo lo que la mayoría, o el grupo o la tradición cultural, considera justo. Sólo un absoluto nihilista ético puede afirmar que, sea lo que sea lo que los demás consideren justo, no existe criterio alguno para afirmar que algo es o no es justo; pero el nihilista no puede hacer afirmaciones de ética normativa sin caer en contradicción. En este sentido el razonamiento moral normativo es siempre interno a un cierto punto de vista moral.

Pero la teoría de la justicia implica al mismo tiempo un punto de vista jurídico externo pero peculiar. Es externo porque al tratar de establecer los valores a los que un ordenamiento jurídico (o cualquier sector de él) debe atenerse, los ideales que debe realizar, tiene que prescindir necesariamente de cuáles sean aquellos a los que, de hecho, se atiene o realiza. Tiene que salirse, por así decirlo, del ordenamiento en cuestión para juzgarle. Aun

---

[7] Por supuesto, hay un tercer nivel de estudio sobre los valores que es el de la "ética analítica" o "metaética" que se ocupa de "lo que la gente hace cuando *habla* acerca de lo que debe hacer" (Hudson 1974, p. 17). No creo que se ofrezca a ninguna confusión con lo que ahora voy a discutir.

[8] Me he ocupado, recientemente, del concepto y las concepciones de la justicia en *El concepto de justicia y la teoría de los derechos* (Hierro 2002, passim).

cuando la conclusión final sea que tal ordenamiento o parte de él se ajusta perfectamente a la teoría de la justicia propuesta. Es como medir la exactitud o inexactitud de una determinada cinta métrica: necesariamente requiere utilizar otra cinta métrica u otro cualquiera instrumento de medición, aunque el resultado sea que la cinta medida es perfectamente exacta. Pero es un punto de vista peculiar porque a nadie sensato se le ocurre argumentar o proponer una teoría de la justicia sino para aplicarla precisamente a la evaluación y, en su caso, modificación o transformación del ordenamiento jurídico vigente al que él, u otros a los que su argumento se dirige, se hallan sometidos como participantes de buen o mal grado. Se podrá objetar que no hay nada que impida argumentar sobre la injusticia de la esclavitud en Roma, o la injusticia del régimen medieval de servidumbre, así como nada impide comparar bajo un punto de vista moral la colonización española en América del Sur y la colonización británica en América del Norte, pero será fácil convenir –espero– que no es ese el objeto principal que se proponen quienes construyen una teoría de la justicia. Su propósito principal es, normalmente, la justificación o la crítica del Derecho vigente; naturalmente que ambas, la justificación o la crítica, pueden ser totales (lo que se traduce en concepciones absolutamente conservadoras o absolutamente revolucionarias, sean éstas últimas reaccionarias o progresistas) o, como es más plausible, parciales. Pero nadie elabora una teoría moral normativa para demostrar exclusivamente que lo que hizo el rey de Edom[9] fue malo; en primer lugar porque de su teoría se deriva necesariamente que, siendo iguales todas las circunstancias, aquello que hizo el rey de Edom es algo que es malo y, por ello, no debe hacerse en ningún caso; en segundo lugar porque a la gente le interesa mucho más saber si eso es bueno o malo, si debe o no debe hacerse, que si lo hizo o dejo de hacerlo el rey de Edom.

El punto de vista del teórico de la justicia es, normalmente, el punto de vista de un observador crítico (Laporta 1990) y un observador crítico es un observador muy peculiar porque tiene un gran interés en evaluar aquello que observa, bien sea para defenderlo y conservarlo bien sea para criticarlo y transformarlo. No se comporta, desde luego, como un observador neutral.

Y la teoría de la justicia se dirige a participantes. Una ética normativa, o cualquier parte de una ética normativa, trata de dirigir la conducta del destinatario. En cuanto apela a la conciencia o convicción de los destinatarios cabe decir que es más persuasiva que normativa, a diferencia de la forma en que son normativas las reglas sociales y las normas jurídicas, pero –sea cual fuere su fuerza normativa– lo cierto es que trata de dirigir la conducta y ello sólo puede hacerse cuando uno se dirige a los que participan o se supone que

[9] El rey de Edom negó el paso por su territorio a los israelitas. Vid. *Números* 20,14-21.

han de participar en el "juego" de la vida social. Específicamente la teoría de la justicia se dirige a quienes son partícipes, voluntarios o involuntarios, de la vida social y, más concretamente, de la cooperación que en ella se desarrolla y que, por ello, tienen pretensiones competitivas sobre los bienes y cargas de esa actividad cooperativa (Rawls 1971, p. 5). Parece innecesario poner ejemplos para demostrar que sencillamente carece de sentido pensar en una ética normativa destinada a meros observadores neutrales; sería una contradicción en los términos elaborar un tratado del siguiente tenor: "Sobre los criterios de justicia que un observador del Derecho bantú debería asumir para evaluar moralmente el Derecho bantú pero de los que no debe hacer nunca uso para que se mantenga la neutralidad de su observación". La teoría de la justicia se dirige, pues, a los participantes: tanto a los participantes-no-aceptantes que lo son, precisamente, porque no se adhieren (total o parcialmente) a la teoría de la justicia legalizada (legitimidad legalizada), como a los participantes-entusiastas que lo son, precisamente, porque se adhieren a la legitimidad legalizada. No importa, a estos efectos, si la teoría de la justicia en cuestión trata de reforzar la opinión de los primeros y de persuadir a los segundos, o si por el contrario trata de persuadir a los primeros y de reforzar la opinión de los segundos.

2. Enunciados externos y enunciados internos

Si este análisis es correcto parece que deja poco sitio, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, para los observadores. No quiere ello decir que no haya un lugar para los observadores del Derecho, como lo son los sociólogos, los antropólogos o los historiadores; quiere sólo decir que la Filosofía del Derecho, con el ámbito temático que Bobbio la atribuyó y que ha encontrado muy general aceptación (Bobbio 1980, pp. 98-99 y, entre nosotros, por todos, Díaz 1971, pp. 263-267; Peces-Barba 1983, pp. 263 y 329; y Atienza 1985, p. 367), no es el lugar de los observadores, sino más bien el lugar de quienes reflexionan sobre "un mundo en el cual todos nosotros somos participantes y en el que debemos, ineludiblemente, permanecer como participantes" (Soper 1993, p. 141). Pero, sin embargo, ello no significa que en esa reflexión de participantes dirigida a participantes no haya lugar para el punto de vista del observador, el punto de vista externo. La tesis que, en este aspecto, voy a sostener puede anticiparse con las palabras de Eugenio Bulygin: "en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, no hay una cosa tal como un participante puro, porque todo participante es también un observador" (Bulygin 1998, p. 45).

Un discurso sobre el Derecho, como sobre cualquier fenómeno normativo, puede construirse en su totalidad desde un punto de vista externo, de mero observador. Es un discurso que, aunque necesariamente haya de uti-

lizar un método hermenéutico para explicar el sentido que los participantes atribuyen a sus prácticas y a la comprensión de sus reglas, puede mantenerse siempre en el nivel descriptivo: "Dicen los nativos que cuando alguien mira la comida del jefe, queda tû-tû;... dicen los nativos que cuando alguien que está tû-tû se somete a un rito de purificación deja de estar tû-tû..." Incluso cuando el observador prescinde de usar cuidadosamente el lenguaje y afirma, por ejemplo, "cuando un nativo esta tû-tû, *está obligado* a someterse a un rito de purificación", el lector avezado sabe que el observador sólo quiere decir que el nativo "está obligado" según las creencias de los nativos, y no según la opinión del observador. Cabe recordar, por cierto, que las condiciones de verdad –o, si se prefiere, de corrección– de la afirmación "cuando una nativo está tû-tû, *está obligado* a someterse a un rito de purificación" son las mismas sea que la enuncie un observador, un nativo crítico y activamente rebelde contra la institución del tû-tû o un nativo sumiso y convencido de la realidad sobrenatural del tû-tû; o, dicho con otro ejemplo, la afirmación "el procesado cometió un delito de desacato" referida a un incidente ocurrido en España en otoño del 2001 es igual de falsa o de incorrecta, y es falsa o incorrecta por los mismos motivos, la diga un periodista británico (que quiso decir: "el procesado cometió, conforme a las leyes españolas, un delito de desacato"), la diga un participante crítico y rebelde ("el procesado cometió un delito desacato y, aunque le condenen por ello, hizo muy bien porque la actuación del juez era intolerable") o la diga un participante entusiasta ("el procesado cometió un delito de desacato, lo cual es intolerable, y debe ser por ello castigado conforme a lo previsto en nuestras leyes"). Como es sabido, el desacato ya no era, en el 2001, delito en España y los tres estaban muy mal informados.

Pongo estos ejemplos para introducir el punto indicado por Bulygin, que me parece crucial en esta discusión y en lo que de ella se deriva. El observador no participa pero necesita información sobre las creencias de los participantes para saber cuáles son las normas que usan; el participante no observa, sino que usa las normas, pero necesita información sobre las creencias de los demás participantes o, para el caso de sistemas institucionales complejos como lo es el Derecho, sobre lo que denominamos "criterios de validez" para saber cuáles son las normas que ha de usar.

El participante, por lo tanto, necesita información. Es bastante obvio. No es posible "usar" la norma jurídica N, o "aceptar" (o "criticar") la norma jurídica N, sin saber, antes, que N es una norma jurídica. Y, como las normas jurídicas son las que pertenecen a sistemas jurídicos, no es posible saber que N es una norma jurídica del sistema jurídico S sin saber, antes, que S es un sistema jurídico. Y para saber si S es un sistema jurídico y N es una norma jurídica del sistema S el participante tiene que observar si S satisface

las condiciones de lo que llamamos "sistemas jurídicos" y si N satisface las condiciones de validez requeridas por el sistema S. Ambas operaciones son, en principio, descriptivas aunque, en diferente grado, problemáticas.

Que la identificación de la existencia de un sistema jurídico es una descripción de ciertos hechos sociales parece constituir, al menos desde Austin, un axioma de la teoría positivista del Derecho. Como luego veremos, es el núcleo de la llamada *"tesis social de las fuentes"*. En todo caso no creo que nadie niegue con seriedad, a estas alturas, que existió un sistema jurídico nacionalsocialista en Alemania bajo el Tercer Reich (cuestión distinta es, en todo caso, si algunas leyes nazis eran o no eran "Derecho"). Tampoco creo que nadie afirme con seriedad que existía un sistema jurídico zarista en Rusia en la década de los sesenta del pasado siglo XX, aun cuando algunos nobles rusos jugasen, en los cafés centroeuropeos, a que existía. Aunque enseguida me ocuparé, inevitablemente, de algunas dificultades en la identificación de lo que es un "Derecho positivo" en cuanto sistema jurídico, me parece claro que esa identificación es un enunciado de hecho o descriptivo y que es un enunciado de esta naturaleza lo haga un observador o lo haga un participante. Quien sostiene que no hubo un sistema jurídico nacionalsocialista y quien sostiene que en los años sesenta de siglo XX existía un sistema jurídico zarista cometen el mismo error: no atenerse a los hechos.

Más delicada es la cuestión de si la afirmación "N es una norma válida en el sistema S" es una aserción, un enunciado descriptivo, o es una prescripción, un enunciado normativo. La posición clásica positivista es que un enunciado del tipo "*La norma N es Derecho válido en el sistema S*" es un enunciado descriptivo aunque describa el contenido de normas (Laporta 1990, pp. 134-135); y es descriptivo aun cuando esa descripción presuponga usar otras normas del sistema y, en definitiva, usar su(s) regla(s) de reconocimiento; el enunciado anterior implica más o menos las siguientes afirmaciones: "Conforme a las normas independientes A, B y C, efectivamente vigentes en el sistema jurídico S, son válidas las normas de reconocimiento A´, B´ y C´ creadas de acuerdo con aquéllas, y es válida la norma N creada conforme a éstas". Indudablemente una aserción de este tipo sólo es posible "usando" las normas A, B, C, A´, B´ y C´, aunque –como ya he señalado antes– no veo por qué este uso de ellas tiene que implicar una aceptación o adhesión en sentido moral. Kelsen tenía razón: cualquier jurista, y multitud de quienes no lo son, hacen esta operación, más o menos sencilla, tanto se refieran a un ordenamiento jurídico con el que están moralmente de acuerdo (el de la España constitucional, en mi caso) como se refieran a uno con el que están moralmente en radical desacuerdo (el de la España franquista, en mi caso) y ello incluso aunque el desacuerdo afecte a las normas características superiores (legitimadoras) del sistema. Ello hace que las

condiciones de verdad de la proposición enunciada como "*La norma N es Derecho válido en el sistema S*" sean independientes de que quién la enuncia lo haga desde un punto de vista externo o desde un punto de vista interno.[10] La diferencia entre ambos puntos de vista sólo afecta a la consecuencia que el observador y el participante extraen de esa proposición: el observador extrae como consecuencia que los sujetos del sistema jurídico S la usarán como norma (y que probablemente un cierto número de sujetos cualificados la aceptará moralmente);[11] el participante extrae como consecuencia que esa norma le vincula jurídicamente (y ello con independencia de que la acepte o la repudie moralmente).

Esta posición constituye, por su parte, el núcleo de la que podemos llamar *"tesis de la identificación objetiva"*, que –como Bayón ha señalado (aunque críticamente)– "*parece ajustarse perfectamente con alguna de las convicciones más sólidamente enraizadas en una concepción positivista del Derecho. Si, sobre la base de lo que suele llamarse la "tesis de las fuentes sociales", aquello que es Derecho depende completamente de hechos sociales complejos, debiera ser claro que el conocimiento de estos hechos ha de ser posible de modo totalmente independiente de la actitud práctica que pudiera adoptarse frente a ellos.*" (Bayón 1996, p. 49).[12] La tesis de las fuentes sociales y la tesis de la identificación objetiva llevan, finalmente, aparejada la tesis de que la identificación del Derecho y de las normas jurídicas es independiente de cualquier afirmación moral genuina, es decir: la *"tesis de la separación entre el Derecho y la Moral"*. Estas tres tesis son hoy características de lo que denominamos "positivismo jurídico".

---

[10] Guastini sostiene que debemos distinguir entre un punto de vista interno de carácter cognoscitivo (que sólo "usa" los criterios de validez) y un punto de vista interno de carácter normativo (que acepta éticamente la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas) (Guastini 1999, p. 406). MacCormick sostiene, en términos similares, que el punto de vista interno incluye elementos cognitivos y volitivos (MacCormick 1986, p. 131). Yo sólo añadiría que ese punto de vista interno de carácter cognoscitivo (que bien podría reconducirse al punto de vista externo) es el mismo tanto para un observador como para un participante, cualquiera que sea el grado de aceptación moral de las normas de éste, cuando enuncian con pretensión descriptiva que "*la norma N es Derecho válido en el sistema S*". Cuestión distinta, y de la que me ocuparé luego, es que un enunciado idéntico puede hacerse con una pretensión normativa y, en tal caso, constituye un enunciado típicamente interno.

[11] Sobre lo que supone usar una norma como razón para la acción es indispensable el libro de Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* (1991). Un balance abreviado con especial atención a la posición de los participantes más cualificados – los jueces – puede verse en el "Epílogo" (pp. 729-739).

[12] Bayón niega la tesis de la identificación objetiva y sostiene, siguiendo a Greenawalt, que la perspectiva del observador y la del participante no necesariamente coinciden al identificar un sistema jurídico, sino que más bien tienden a diferir (Bayón 1996, passim). Puede verse una réplica, bastante rotunda, a Bayón en Bulygin 1998.

Hasta aquí he tratado de demostrar que todos los temas de la Filosofía del Derecho se enfocan básicamente desde el punto de vista de un participante o

–en el caso de la teoría de la justicia– de un observador comprometido y que la reflexión filosófica se dirige, básicamente, a participantes; pero he sostenido, finalmente, que el punto de vista de un participante incluye necesariamente enunciados externos u observacionales, meramente descriptivos. Lo que esto significa es que el positivismo no es exclusivo del punto de vista externo o del observador y que un participante bien informado (cabría decir "que sepa a qué juega") es un participante positivista al margen de que, con independencia de ello, pueda ser un entusiasta moral del sistema o su más feroz crítico.

3. La concepción positivista

3.1. Tres tesis positivistas

Me parece que, como ya hemos visto, el positivismo comprende tres tesis: la denominada "tesis social" o "tesis de las fuentes sociales", la denominada "tesis de la identificación objetiva" y la denominada "tesis de la separación". En términos filosóficos convencionales cabría decir que la primera es una tesis ontológica, la segunda es una tesis epistemológica y la tercera es –al menos en cierto sentido- una tesis axiológica.[13]

Conforme a la tesis social es positivista toda concepción del Derecho que acepta que el Derecho es un fenómeno de origen social o, dicho de otro modo, que las fuentes del Derecho son meramente convencionales. Podría enunciarse así:

> "La existencia de las leyes depende exclusivamente de que hayan sido establecidas mediante decisiones humanas" (parafraseando a MacCormick 1986, p. 129)

Conforme a la tesis de la identificación objetiva es positivista toda concepción del Derecho que acepta que la existencia de un sistema jurídico es un hecho observable y que la existencia de las normas en un sistema jurídico, aun no siendo un hecho, puede enunciarse objetivamente. Podría enunciarse así:

> "Las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico y las proposiciones sobre la existencia de una norma jurídica son proposiciones meramente descriptivas y, por ello, veritativas"

[13] Soy consciente de que generalmente se presentan como tesis típicas del positivismo sólo la primera y la tercera, omitiendo la segunda; asimismo de que la tesis de la separación suele presentarse como una tesis ontológica y no como una tesis axiológica. Trataré de explicar, a continuación, en qué preciso sentido afirmo que se trata de una tesis axiológica.

Como es obvio la tesis de la identificación objetiva contiene dos subtesis, según se refiera a la identificación de los sistemas jurídicos o a la identificación de las normas jurídicas. Cabe afirmar ambas o negar ambas y cabe sostener la primera sin sostener la segunda; no cabe, sin embargo, sostener la segunda (que es posible identificar objetivamente las normas jurídicas existentes en un sistema jurídico) y negar la primera (que no es posible identificar objetivamente un sistema jurídico).

Conforme a la tesis de la separación "la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra" (Austin [1832] 1971, p. 184), en consecuencia la afirmación de que algo es Derecho no contiene necesariamente ningún juicio de valor. MacCormick la enuncia en los siguientes términos:

> "La existencia de las leyes no depende de que satisfagan determinados valores morales de aplicación universal a todos los sistemas jurídicos" (MacCormick 1986, p. 128)

En alguna medida la tesis de la separación, que se formuló originariamente como anti-tesis de la tesis central del iusnaturalismo ("*lex iniusta non est lex, sed corruptio legis*"), constituye la base de las otras dos pues si el Derecho tiene una conexión necesaria con algún valor moral universal, como la justicia, entonces la existencia de las leyes no depende sólo de decisiones humanas, sino que requiere decisiones humanas conformes con la justicia, y entonces las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico o de una norma jurídica no son meramente descriptivas sino que incluyen un juicio de valor (que el sistema o la norma son justos). Parece conveniente, por ello, prestar ahora alguna especial atención a la tesis de la separación.

3.2. La tesis de la separación entre el Derecho y la moral

La tesis de la separación sostiene que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. Ahora bien, si la tesis se entiende en un sentido meramente descriptivo, como un enunciado formulado por un observador desde un punto de vista externo, implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente ninguna relación con ningún tipo de creencia y/o regla moral de nadie.

En este sentido la tesis ha de referirse a la relación del Derecho con la moralidad positiva (o, al menos, con la moralidad dada de alguna persona o grupo de personas) y, según se refiera a la relación del Derecho con esa moralidad o de esa moralidad con el Derecho, afirmaría:

(1) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa

sociedad (o de la de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad), y

(2) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad) que establezca la obligación moral (ya sea "prima facie" ya sea absoluta) de obedecer las normas jurídicas

Si, por el contrario, la tesis se entiende en un sentido ético normativo, como un enunciado formulado por un observador-crítico o por un participante-no-aceptante desde un punto de vista moral propio o crítico, implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente ninguna relación con ningún tipo de creencia y/o regla moral que él sostenga.

En este sentido la tesis ha de referirse a la relación del Derecho con la moral crítica y, según se refiera a la relación del Derecho con esa moral crítica o de esa moral crítica con el Derecho, afirmaría:

(3) que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta, y

(4) que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta que establezca la obligación moral (ya sea "prima facie" ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas.

Resulta casi evidente que las cuatro afirmaciones son sumamente distintas. Mientras que las dos primeras resultan claramente contraintuitivas, las dos segundas confirman, también claramente, una experiencia común.

La primera afirmación supondría que existen sistemas jurídicos que son por su contenido, para el conjunto de sus destinatarios, moralmente neutros e incluso moralmente repudiables (como lo son, normalmente, las ordenes del asaltante que son o bien moralmente repugnantes –como la orden de denunciar al que "tiene la llave de la caja"- o bien moralmente neutras –como la orden de mantenerse quieto-); la segunda afirmación supondría que existen sistemas jurídicos que son, para el conjunto de sus destinatarios, moralmente irrelevantes (como lo son las ordenes del asaltante que, en el mejor de los casos, se obedecen por razones meramente prudenciales –para eludir su amenaza-). Puesto que estamos analizando ahora la tesis de la separación como pretensión descriptiva, cabe afirmar que ambas afirmaciones parecen contradecir toda la evidencia empírica disponible; es decir: no se puede aportar evidencia empírica alguna que nos muestre un sistema que reúna las características aproximadas de lo que solemos denominar "sistema jurídico"

y que no ofrezca al mismo tiempo las dos características contrarias a las que, en este primer aspecto, implica la tesis de la separación.[14]

Todos los sistemas jurídicos que conocemos reúnen, aparte de otras, la característica de que para todos o algunos de sus destinatarios el sistema incluye una gran parte de creencias y/o reglas que ellos consideran morales, y la característica de que todos o algunos de sus destinatarios comparten una regla moral, "prima facie" o absoluta, de que hay que obedecer las normas jurídicas o, al menos, gran parte de ellas.

Podrían, quizá, argumentarse dos supuestos empíricos a favor de este aspecto de la tesis de la separación. Se trataría de los casos del "Derecho impuesto" y del "Derecho injusto". El primer supuesto aludiría a los casos en que una comunidad (el colonizador) impone su sistema jurídico a otra comunidad (el colonizado). No hay, según creo, ninguna evidencia empírica a favor de la plausibilidad de que este supuesto confirme la tesis. Casos paradigmáticos de colonización jurídica, en Occidente, serían el del Derecho romano en las provincias, el del Derecho español en las "Indias occidentales" y el del Derecho británico en la India. En los tres casos podemos constatar dos fenómenos: la estratificación[15] y la legitimación. De un lado, un fenómeno de estratificación consistente en que el Derecho colonial se impone coercitivamente, pero sólo de forma sectorial, para regular las relaciones entre los colonos, todas o algunas de las relaciones entre colonos y colonizados, y algunas relaciones entre colonizados que se entienden de particular relevancia (para los colonos), pero una parte más o menos extensa de relaciones entre colonos y colonizados y, sobre todo, entre colonizados quedan sometidas al Derecho colonizado que, de esta forma, entra a formar parte del sistema jurídico en vigor. Este fenómeno de estratificación alimenta, en mayor o menor grado, el sistema jurídico con la moralidad positiva del grupo colonizado. Se añade a ello, de otro lado, que el Derecho colonial opera siempre con una pretensión de legitimidad (preséntese como "romanización", "cristianización", "islamización", "civilización", "liberación", "desarrollo", etc.) que, dadas ciertas condiciones de estabilidad, se traduce en una efectiva legitimación de grandes sectores del sistema jurídico colonial.[16]

---

[14] Vid. Hart 1962, p. 10 donde señala que los utilitaristas nunca negaron, en cuanto hecho empírico, esta relación entre el Derecho y la moral; vid. también el *Postscript* de Hart donde insiste en que en su libro *The Concept of Law* se argumenta que no hay una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral aunque "hay muchas diferentes conexiones contingentes" (Hart 1994, p. 268). Vid. también Garzón Valdés 1998, p. 19.

[15] He tomado de Losano (1982) la idea de "estratificación" para designar este fenómeno.

[16] Vid. García Gallo 1959, pp. 46 y 43, respectivamente, sobre estratificación y elementos (legitimadores) de la romanización en España; la formación de un Derecho romano vulgar que incluye elementos indígenas se produce, dice García Gallo, "en España y las restantes provin-

No conozco ningún caso de un sistema jurídico impuesto exclusivamente por la mera coerción; y tampoco conozco a nadie que lo conozca.

El segundo supuesto empírico sería el del "Derecho injusto". Aquí disponemos de testimonios más cercanos pues fue la polémica sobre si el Derecho injusto era o no era Derecho la que caracterizó cierto resurgimiento del iusnaturalismo tras la Segunda Guerra Mundial. No me interesa ahora el aspecto conceptual (u ontológico, si se quiere) de la discusión. Sólo me interesa la constatación que Radbruch y muchos otros suscribieron de que "hay partes enteras del Derecho nacionalsocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido... todas esas leyes que aplicaban un trato infrahumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres" (Radbruch 1971, pp. 14 y 15), pero me interesa ahora para señalar que –como ellos mismos reconocen– esta monstruosidad moral se llevó a cabo previa la monstruosa modificación de la moralidad positiva de al menos una parte extensa de la población ("un caso único de extravío y aberración del pueblo alemán" dice el mismo Radbruch ibídem, p. 16) y con la concurrencia de una regla de la moralidad positiva vigente, al menos, entre los juristas y los soldados, que obligaba a obedecer las leyes ("el nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios "Las órdenes son órdenes", que se aplicaba a los primeros, y "Ante todo se han de cumplir las leyes", que se refería a los segundos". Ibídem p. 3). La adhesión a tales principios de, como mínimo, una gran parte de los militares y una gran parte de los juristas fue, por tanto, concurrente con la efectiva vigencia del Derecho nacionalsocialista. Todo lo cual significa que este supuesto tampoco abona la interpretación descriptiva de la tesis de la separación y nos permite concluir, conformes con la intuición más común, que las afirmaciones (1) y (2) son falsas. Por el contrario:

---

cias del Imperio". También García Gallo (ibídem, p. 388) sobre la estratificación en el Derecho indiano ("la propia legislación de Indias desde 1555 les permite [a los indios] regirse por sus viejas costumbres o por las leyes y costumbres que de nuevo ellos mismos establezcan, en tanto no se opongan a la religión, y desde 1680, tampoco a la *Recopilación*"). No parece necesario extenderse sobre la pretensión de legitimidad del proyecto "cristianizador" de la colonización española. Sobre la India bajo el Imperio británico, vid. Mario G. Losano 1982, pp. 271-274 y Carleton K. Allen 1969, p. 113; en la organización judicial británica correspondía al Comité judicial del Consejo Privado conocer las apelaciones contra los tribunales de las colonias británicas; la invocación de la costumbre local de la colonia, y la fijación de sus límites, han sido consecuentemente una cuestión muy familiar para los abogados ingleses (ibídem, pp. 110 y 230). El éxito de la pretensión de legitimidad del Derecho colonial británico se manifiesta de forma clara en la codificación que la India acomete desde el momento de su independencia en la que se pone de manifiesto un importante arraigo de la concepción británica del Derecho (vid. Losano 1982, pp. 273-274).

(contra 1) todo sistema jurídico incluye entre sus normas alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de la de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad), y

(contra 2) no puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad) que establezca la obligación moral (ya sea "prima facie" ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas.

Sospecho que la presentación y la negación de las tesis 1 y 2 puede resultar innecesaria, y sólo justificable en aras de una pretensión de claridad, pues probablemente nadie nunca las ha sostenido seriamente. Sin duda, la tesis de la separación se sostiene en un sentido ético normativo, que –como he indicado- formula un observador-crítico o un participante desde un punto de vista moral propio o crítico. La pretensión de claridad me parece, sin embargo, justificada porque ésta es la razón por la que sostengo que la tesis de la separación es una tesis fundamentalmente axiológica y no, como con mucha frecuencia se entiende, una tesis ontológica.

Las afirmaciones (3) y (4) no resultan contraintuitivas aunque la primera de ellas sea poco plausible pues sería de hecho difícil suponer algún sistema jurídico que exista o haya existido que no incluya ninguna norma con la que un participante-no-aceptante o un observador crítico no esté moralmente conforme, es decir que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta. Lo relevante es, en este aspecto, que la tesis afirma que esta coincidencia es meramente contingente y no conceptualmente necesaria. No es la existencia de ese sistema jurídico como tal sistema jurídico la razón de que todas, muchas o algunas de sus normas resulten moralmente aceptables bajo un punto de vista crítico; la razón sería una razón exclusivamente moral.

La última afirmación resulta más plausible. La existencia de un sistema jurídico no requiere ninguna creencia y/o regla de la moral que él observador crítico o el participante-no-aceptante acepta que establezca la obligación moral (ya sea "prima facie" ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas. Ambos pueden reconocer la existencia del sistema jurídico, la vinculatoriedad jurídica de sus normas como un hecho social, y el riesgo de verse sometidos a su coercibilidad en caso de incumplimiento, negando al mismo tiempo toda legitimidad moral a sus autoridades y toda obligatoriedad moral a sus normas. En el muy probable supuesto de que alguna norma válida del sistema coincida con una norma moral aceptada (por ejemplo: prohibido matar) se argumentará, bajo este punto de vista, que uno se siente vinculado por la norma moral que él acepta y que le es indiferente que, además, su contenido esté prescrito por una norma jurídica.

La tesis de la separación, por tanto, se puede traducir a la afirmación de que la coincidencia entre las normas jurídicas y las normas de una moral crítica es meramente contingente y sólo puede establecerse desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico, y que la obligación moral de obedecer las normas jurídicas es asimismo contingente y sólo puede establecerse, asimismo, desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico.

La tesis de la separación es, en mi opinión, clara -"elemental doctrina" como la calificó Hart (Hart 1962, p. 12)- aunque tiene que hacer frente a ciertas objeciones. Tres objeciones, al menos, me parecen relevantes. La primera sería la de que cualquier sistema jurídico se apoya necesariamente en el "contenido mínimo del Derecho natural", idea con la que Hart –siguiendo a Hobbes y a Hume- se opone a "la tesis positivista que dice que el derecho puede tener cualquier contenido" (Hart 1977, p. 246). Aunque esta idea de Hart no es particularmente clara, parece que pretende hacer justicia al "núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural" (ibídem, p. 245), reconociendo que hay razones (no meras conexiones causales) que son comunes para fundamentar la existencia de normas morales y de normas jurídicas. La vulnerabilidad, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la limitación de la comprensión y la fuerza de voluntad son los cinco principios que se apoyan en verdades elementales y constituyen ese "contenido mínimo". En todo caso, este contenido mínimo no conduce a Hart a presentarlo como una conexión necesaria entre lo que es Derecho y lo que es moral y ello –creo entender– porque este mínimo sólo muestra unos débiles elementos comunes a las normas jurídicas y a las normas de la moralidad positiva de una sociedad en la que hayan llegado a distinguirse las unas de las otras, pero no añade nada que obligue a un punto de vista moral crítico (o esclarecido) a prestar su adhesión a ese sistema jurídico o a partes de él (a un sistema, por ejemplo, que puede limitar la igualdad a los miembros varones de una raza dominante) y tampoco añade nada que obligue a un punto de vista descriptivo a negar el carácter jurídico a ese sistema o a partes de él. El problema, en mi opinión, del "contenido mínimo" de Hart es que, desde un punto de vista moral, dice bien poco, si es que dice algo; de hecho, el mismo Hart se desprende de él a las pocas páginas para seguir sosteniendo la tesis de la separación (ibídem, pp. 259-261).

La segunda objeción sería la de que cualquier sistema jurídico requiere, por definición, satisfacer ciertos requisitos de carácter moral, ciertos principios mínimos característicos del Derecho, que constituyen la *"moral interna del Derecho"*. Como es sabido, ésta es la tesis de Lon L. Fuller (Fuller 1981). Parece que, dando un paso más que Hart, se pretendiera extraer de aquéllas verdades elementales que sirven como razón de la existencia del Derecho

unos principios más determinados sin cuya satisfacción un sistema jurídico no sería, propiamente hablando, un sistema jurídico porque no respondería a las razones de su existencia. Esos principios eran, en Fuller, ocho: generalidad, publicidad, no retroactividad, comprensibilidad, no contradictoriedad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y coherencia institucional. Es más fácil aceptar que si unas normas positivas no satisfacen, en un cierto grado, estos ocho principios no son normas jurídicas (porque ni siquiera son normas) que aceptar que, satisfaciéndolos, se revisten de algún valor moral relevante. Creo, como Hart, que si esto es todo lo que se quisiera afirmar respecto a la conexión entre el Derecho y la moral, "podemos aceptarlo" (Hart 1977, p. 256) pero aceptaríamos algo moralmente insignificante, porque un sistema jurídico compuesto de normas que satisfagan esos ocho requisitos puede incluir una ley que someta a la esclavitud a todos los varones blancos, que expulse del territorio a todas las mujeres negras o que prive del derecho de sufragio a todos los adultos ateos, eso sí: cuidando de hacerlo con claridad y a partir de la fecha de su publicación. "Infortunadamente –señala Hart– es compatible con una enorme iniquidad" (ibídem, p. 256).

La tercera objeción sería la de que hay un tipo de sistemas jurídicos –los sistemas jurídicos "civilizados"– que necesariamente incorporan contenidos morales racionales y que, por ello, son candidatos a una obediencia moral "prima facie" racionalmente fundada. Creo que podría formularse en los siguientes términos: (a) si todo sistema jurídico incorpora necesariamente una gran parte de la moralidad positiva, todo sistema jurídico civilizado incorpora, al menos, una gran parte de la moralidad positiva de los pueblos civilizados entre cuyas creencias, principios y reglas se comprenden, como mínimo, algunos que ningún agente racional podría negar sobre bases racionales; (b) entonces todo sistema jurídico civilizado contiene un contenido mínimo de moralidad positiva que coincide con ciertos contenidos de cualquier moral crítica racionalmente sostenible; (c) entonces todo agente racional (un observador crítico o un participante-no-aceptante racionales) tiene que desistir, para este supuesto, de la afirmación (3)[17] y reconocer que todo sistema jurídico civilizado incluye entre sus normas alguna creencia y/o regla de la moral que él acepta; y (d) entonces tiene que admitir que la moral que él acepta contiene la obligación moral (al menos "prima facie") de obedecer al menos aquellas normas jurídicas coincidentes.

Esta tesis está presente, más o menos explícita, en muchos enfoques actuales y admite fundamentos diferentes. Sería, por ejemplo, la tesis sostenida

[17] La afirmación 3 decía "que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta".

por Eusebio Fernández que suscribe una obligación moral prima facie de obedecer al Derecho "justo", donde justo significa "elaborado contractualmente" (Fernández 1987, p. 21); sería también, la tesis latente en muchos enfoques de inspiración dworkiniana (Atienza 2001, p. 113).[18] La objeción me parece relevante pero no concluyente. En definitiva no niega que puedan sostenerse las afirmaciones (3) y (4)[19] sin incurrir en contradicción; lo que niega es que tales afirmaciones sean adecuadas a los sistemas jurídicos civilizados. En tal caso, la coincidencia entre Derecho y moral crítica sigue siendo contingente y la tesis positivista de la separación sigue siendo una tesis cierta. Cuestión distinta es afirmar que la función que la tesis de la separación desempeñó para superar la concepción iusnaturalista del Derecho ha perdido hoy importancia y, por el contrario, la ha adquirido la cuestión de si puede afirmarse una obligación moral "prima facie" de obedecer las normas jurídicas de un sistema jurídico civilizado. La respuesta afirmativa es, obviamente, una tesis moral normativa y sólo añadiré por ahora que, en términos muy generales, la suscribo. Pero suscribir esta tesis moral no implica, en ningún caso, renunciar a la tesis de la separación la cual resulta irrenunciable para –como dijo Hart- "orillar estos dos peligros: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica" (Hart 1962, p. 10).[20]

---

[18] Lo que Atienza afirma, muy gráficamente, es lo siguiente: "Por lo que se refiere a los Derechos de las sociedades democráticas avanzadas, la conexión entre el Derecho y la moral es tan estrecha que a veces tendríamos problemas para distinguir entre el discurso ... de un teórico de la moral, de un constitucionalista o de un juez... Esto es una consecuencia de la "moralización" de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal..." (Atienza 2001, p. 113).

[19] Recuerdo también que la afirmación 4 decía "que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta que establezca la obligación moral (ya sea "prima facie" ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas."

[20] Obvio es decir que la literatura sobre la "tesis de la separación" y la alternativa "tesis de la vinculación" es inmensa ya que casi toda la literatura filosófico-jurídica tanto clásica como contemporánea versa, en alguna medida, sobre esta cuestión. Como ha indicado Laporta "el problema de las relaciones entre moral y derecho no *es un* tema de la filosofía jurídica, sino que *es el* lugar donde la filosofía del derecho *está*" (Laporta 1993, p. 7). De entre la bibliografía reciente y más específica me parece imprescindible como punto de partida el ensayo de Hart, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral,* publicado en 1958 (ahora en Hart 1962, pp. 1-64). Con el título *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, publicaron en 1990 Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo una cuidada selección de ensayos de entre los cuales tienen particular referencia a la cuestión los de Ronald Dworkin (*Retorno al derecho natural*), Philip Soper (*La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales*) y M.B.E. Smith (***¿Hay una obligación prima facie de obedecer el Derecho?***). Una excelente presentación del debate contemporáneo entre las dos tesis (vinculación y separación) se encuentra en la compilación de Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate*

3.3. ¿Qué positivismo?

Durante mucho tiempo, la afirmación de la vinculación entre el Derecho y la moral fue característica del iusnaturalismo mientras que la afirmación de la separación fue característica del positivismo jurídico, hasta el punto de que esta sola diferencia permitía trazar con nitidez la frontera entre estas dos grandes concepciones del Derecho. Sin embargo, en las dos últimas décadas del siglo XX la discusión entre vinculación y separación se ha introducido en las propias filas positivistas ocasionando una abultada polémica de "escuelas".[21] Digo –asumiendo los riesgos– que la polémica ha tomado un cierto tinte "escolástico" porque parece que la cuestión relevante ya no es tanto cuáles son las relaciones del Derecho con la moral, que carácter tienen y qué consecuencias teóricas y prácticas se derivan de ellas, sino qué respuestas a estas preguntas son admisibles en el club de los positivistas y en qué secciones dividen a sus miembros. El punto de partida se produce con la crítica de Dworkin a Hart.

Es conveniente, sin embargo, retroceder algunas décadas para recordar que el primer gran debate sobre el positivismo se produjo, en el pensamiento jurídico occidental, como consecuencia del nuevo "renacimiento del Derecho Natural" tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, renacimiento que pretendió apoyarse en que el positivismo había abonado el terreno al totalitarismo.[22] Una

---

contemporáneo (1998). Una panorámica general, expuesta con extraordinaria claridad, es la de Francisco J. Laporta, *Entre el Derecho y la moral* (1993). Respecto a la cuestión específica de la obediencia al Derecho no es posible olvidar el impacto que representó el trabajo de Felipe González Vicén, *La obediencia al Derecho* (1979), en que defendió lo que se podría llamar una especie de "iusnaturalismo negativo" (nunca hay obligación moral de obedecer al Derecho pero puede haber obligación moral de desobedecerlo); una tesis distinta –no hay obligación moral de obedecer pero sí de respetar el Derecho– caracteriza la posición de Joseph Raz en *La autoridad del Derecho* (1982); una posición afirmativa condicional (existe obligación moral de obedecer el Derecho justo) es– como ya he indicado- la que sostiene Eusebio Fernández en su amplio estudio de la cuestión, *La obediencia al Derecho* (1987).

[21] Wil J. Waluchow presentó la polémica en estos términos: "En los últimos años ha surgido una controversia en las filas del positivismo sobre la posibilidad de una conexión particular entre el Derecho y la moral que algunos positivistas declarados aceptan como posible y realmente característica de los sistemas jurídicos modernos, pero que otros rechazan por inconsistente con la naturaleza misma del Derecho..." (Waluchow 1994, p. 81). De la amplísima literatura que esta polémica ha producido me parece que son fundamentales los trabajos de Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism* (1982); Roger A. Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought* (1992) (más interesante por su detallado estudio de opiniones que por sus eclécticas conclusiones); Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); y el volumen 4, nº 3 de la revista Legal Theory (1998).

[22] Renacimiento del que son ejemplos representativos las obras de Alessandro Passerin d´Entrèves, *La dottrina del diritto naturale* (1954), de Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1960, sobre un artículo original de 1941) y la editada por Werner Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (1962).

fecha concreta señala el momento en que el positivismo jurídico se somete a un auto-examen y afronta estas acusaciones: el año 1960 –dos años después de la publicación original del trabajo de Hart *El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral*– la Fundación Rockefeller patrocina un encuentro en Bellagio en el que participan Norberto Bobbio, Herbert L.A. Hart, Alejandro Passerin d´Entreves, Alf Ross y Renato Treves, entre otros. En 1961 Bobbio publica *Sul positivismo giuridico*, un trabajo que bien puede considerarse el balance de aquel encuentro. En él, como es sobradamente sabido, Bobbio propone distinguir tres aspectos diferentes del positivismo jurídico: el positivismo como modo de acercarse al estudio del Derecho, el positivismo como teoría del Derecho y el positivismo como ideología del Derecho.[23]

Conforme a la distinción de Bobbio cabe decir, en forma resumida, que el positivismo como ideología era un planteamiento axiológico y era inaceptable, que el positivismo como teoría era un planteamiento ontológico y era discutible (al menos en algunas de sus tesis características) y que el positivismo como "*approach*" era un planteamiento epistemológico y era irrenunciable. Genaro R. Carrió, el traductor al castellano de *The Concept of Law*, ha subrayado que el gran mérito de Hart estriba en aceptar el positivismo como enfoque, rechazar el positivismo como ideología y superar el positivismo como teoría: "Hart es positivista en cuanto se adhiere al positivismo jurídico como enfoque... si entendemos por "positivismo jurídico" lo que Bobbio llama "positivismo jurídico como ideología" y Alf Ross "cuasipositivismo", Hart es indiscutiblemente *antipositivista*... si entendemos "positivismo jurídico" en el sentido en que, siguiendo a Bobbio, hemos llamado "positivismo jurídico como teoría", Hart no es positivista..." (Carrió 1981, p. 22).

Pues bien, a este positivismo tan depurado de Hart es al que Ronald Dworkin consideró como exponente más típico del positivismo, "la versión contemporánea más influyente del positivismo" (Dworkin 1984, p. 34), y al que sometió a crítica. Cuál es el contenido y el alcance de esta crítica es algo de lo que no me ocuparé ahora, aunque me parece que uno de los más lúcidos análisis sobre ello es precisamente el de Carrió (Carrió 1981) cuya conclusión es que "al criticar al positivismo jurídico, Dworkin ha *creado* o *inventado* su blanco. La modalidad de positivismo jurídico contra la cual argumenta, no existe" (ibídem, p. 54). La conclusión de Carrió, según creo,

[23] El trabajo de Bobbio se publicó originalmente en la Rivista di Filosofia, 14 (1961); está incluido en *El problema del positivismo jurídico* (1965) y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1977, capítulo V). Carrió señala que responden también al "espíritu de Bellagio" el trabajo de Ross, *Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961) y el libro de Uberto Scarpelli, *Cos´è il positivismo giuridico* (1965). Vid. también Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto* (1979, parte II).

se ve confirmada si uno analiza cuidadosamente el *Postscript* de Hart, dedicado prácticamente en exclusiva a responder a Dworkin, y la réplica de éste (Dworkin 1994).[24]

En todo caso, no se puede poner en duda que la crítica de Dworkin ha resultado influyente. En mi opinión esta influencia se debe no tanto al rigor y al acierto de sus críticas al positivismo de Hart como a su poderosa convocatoria a un cambio de agenda en la teoría del Derecho, cambio cuyo anclaje fundamental se encuentra en la afirmación de que "una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa" (Dworkin 1984, p. 32), lo que, por mi parte, no tengo ningún reparo en aceptar.

El hecho es que entre las aclaraciones de Hart en el *Postscript* se encuentra la de que él no asume un positivismo "de simples hechos" (*"plain fact*") sino un "positivismo blando" ("*soft positivism*"). Conforme a esta distinción, nos encontraríamos con un "positivismo duro" que afirmaría que los criterios de validez en un sistema jurídico siempre son exclusivamente fácticos y, en definitiva, se apoyan en una práctica social efectiva y un "positivismo blando" que afirmaría que los criterios de validez en un sistema jurídico a veces (esto es, contingentemente) incorporan principios de justicia o valores morales sustantivos (Hart 1994, pp. 247 y ss.). Jules L. Coleman había distinguido ya entre "positivismo negativo" y dos tipos de "positivismo positivo" en un sentido relativamente parecido (Coleman 1982)[25] y, más recientemente, Roger A. Shiner ha distinguido entre un "positivismo simple", que sería el de Austin, y un "positivismo sofisticado", que sería el de Hart (Shiner 1992), pero la distinción que ha terminado por imponerse, sobre todas éstas, es la que distingue entre "positivismo excluyente" (que vendría a coincidir con "positivismo duro") y "positivismo incluyente" (o "incorporacionismo", que vendría a coincidir con "positivismo blando").

---

[24] Mientras Hart reproduce limpiamente las tesis de Dworkin -lo que el mismo Dworkin, honestamente, reconoce: "[mis puntos de vista] son frecuentemente presentados con una concisión y claridad que yo mismo nunca he conseguido" (Dworkin 1994, p. 1)– Dworkin continúa tratando de reconstruir a base de metáforas y de retorsiones lo que Hart dice e incluso lo que no dice (p.ej: p. 25).

[25] Coleman distinguió entre tres tipos de positivismo: un positivismo negativo ("el punto de vista de que el sistema juridico *no necesita* reconocer como Derecho *standards* morales controvertidos", subrayado mío), un positivismo de puros hechos positivos ("positive hard facts positivism": "el punto de vista de que los *standards* controvertidos *no pueden* ser considerados Derecho", subrayado mío) y un positivismo de reglas sociales positivas ("positive social rule positivism": el cual "insiste sólo en el carácter controvertido de la regla de reconocimiento") (Coleman 1982, p. 163). Aunque las denominaciones de Coleman me parecen bastante confusas, creo que lo más aproximado a un "*plain fact positivism*" sería el "*positive hard facts positivism*" y lo más aproximado a un "*soft positivism*" sería el positivismo negativo.

El positivismo excluyente, cuyo representante más cualificado es Joseph Raz, se caracteriza por sostener que cuando un sistema jurídico autoriza a los jueces a decidir discrecionalmente –en caso de lagunas o en caso de que la aplicación de las normas jurídicas se enfrente con una razón moral relevante– el juez decidirá, en estos casos, de acuerdo con una razonamiento moral ajeno al Derecho; Raz no hace sino mantener radicalmente la tesis de la discreción judicial que Hart consideró que constituía también una tesis típicamente positivista. La peculiaridad de la posición de Raz estriba en sostener que, en tales supuestos, el juez no aplica el Derecho sino la moral, pero no lo hace en contra del Derecho sino porque el Derecho mismo le autoriza a hacerlo. De acuerdo con esta interpretación la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la identificación objetiva y la tesis de la separación no se ven afectadas pues en esos casos en que un sistema jurídico autoriza al juez a decidir sobre bases morales –lo que ocurre con mero carácter contingente- el juez decide "saliéndose" del Derecho, que primero ha identificado objetivamente por referencia a sus fuentes sociales, utilizando un razonamiento moral porque el Derecho (socialmente establecido y objetivamente identificado) le autoriza a hacerlo, lo cual no convierte ese razonamiento moral en parte del Derecho.[26]

El positivismo incluyente, por su parte, niega que la tesis positivista de la separación sirva para dar cuenta de los sistemas jurídicos constitucionales porque en ellos se admite expresamente que la pertenencia de una norma al sistema depende no sólo de su fuente sino también de su contenido moral sustantivo. Conviene, pues, subrayar que el positivismo incluyente, en principio, no niega las tres tesis del positivismo jurídico (y, por ello, sigue siendo "positivismo") sino que sencillamente acoge lo que antes he analizado como tercera objeción a la tesis de la separación; esto es: niega que la tesis de la separación sea adecuada a los sistemas jurídicos civilizados. Pero el hecho de que, en estos sistemas, una serie más o menos amplia de normas morales racionales se hayan "incorporado" al sistema jurídico en virtud de su propio contenido moral y con independencia de su fuente depende precisamente de que en su(s) regla(s) últimas de reconocimiento –sea(n) sólo como práctica social sea(n) incluso expresamente formulada(s) en las constituciones– se

[26] Raz considera que de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes en los sistemas jurídicos anglosajones el juez está autorizado a hacer excepciones a las normas jurídicas por razones morales relevantes *en cualquier caso*. Bayón ha constatado que ello obliga a Raz a aceptar –en contra de la posición que antes sostuvo– que el Derecho constituye un conjunto de razones perentorias (es decir: tiene autoridad) para los ciudadanos, pero no para los jueces; afirmar, consecuentemente, que el Derecho sólo es obligatorio para los jueces *prima facie* es tanto –dice Bayón– como afirmar que el Derecho es un convención que se autoanula (Bayón 2002, pp. 66-69, donde se refiere, principalmente, a Raz 1994 y 1998).

ha incluido esa aceptación de ciertas normas morales racionales, lo cual supone, en mi opinión, admitir que tal aceptación es contingente y que se apoya en una última fuente de carácter social (ese mismo reconocimiento) (Bayón 2002, p. 70).

Si el positivismo incluyente sigue siendo positivismo –y no un nuevo criptoiusnaturalismo[27]– quizá lo único que pretende afirmar es que cuando nos encontramos ante un sistema jurídico abierto de algún modo a la moral crítica, la determinación de validez de una norma *puede* presentar un carácter controvertido. En este sentido, sólo pondría en cuestión la tesis de la determinación objetiva de la validez de las normas.[28] Creo que la validez de las normas *puede* presentar un carácter controvertido en cualquier sistema jurídico y no sólo sobre la base de su confrontación con un punto de vista moral. Si esto es así -y luego me ocuparé con más detalle de ello– entonces el positivismo incluyente sólo dice que en sistemas en los que su(s) regla(s) última(s) de reconocimiento –sea(n) sólo como práctica social sea(n) incluso como norma(s) expresamente formulada(s) en las constituciones– ha(n) incluido la aceptación de ciertas normas morales racionales, la determinación de validez de las normas *puede* resultar *más* controvertible. No veo, con ello, una gran diferencia respecto al positivismo de Hart, se le llame como se le llame.[29]

---

[27] Sospecho que sostener el positivismo incluyente como una tesis realmente distintiva y consistente requiere sostener, al mismo tiempo, algún tipo de cognoscitivismo moral (Bayón 2002, p. 74). En otro caso, la remisión de un sistema jurídico a la moral tendría que serlo a la moral positiva (que es un tipo de convención también cognoscible objetivamente) o a la moral crítica del juez que sería meramente subjetiva y, por tanto, discrecional. En ninguno de ambos supuestos se habría dado con ninguna conexión nueva entre el Derecho y la moral. Como ha señalado Luis Prieto, "la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad... Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico" (Prieto 1998, p. 68). Prieto ha sostenido una posición firmemente crítica frente a la influencia de Dworkin, crítica que es aplicable al positivismo incluyente (Prieto 1992). Alfonso García Figueroa ha desarrollado esta posición crítica, en relación a las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, a las que califica de "no positivismo principialista" en un excelente estudio (García Figueroa 1998).

[28] Santiago Sastre interpreta también que es la tesis de la identificación objetiva la que es cuestionada por el incorporacionismo, aunque para señalar que ello no constituye un problema para el positivismo: "no parece que haya ningún problema desde un enfoque positivista en reconocer la presencia de la ideología en el ámbito de la identificación del Derecho válido" (Sastre 1999, p. 84).

[29] Entre los representantes más destacados del positivismo incluyente se encuentran Neil MacCormick, Gerald Postema y Jeremy Waldron; creo que no hay objeciones en asimilar al positivismo incluyente el "soft positivism" de Hart; Frederick Schauer defiende un "positivismo presuntivo" que entiendo también asimilable al positivismo incluyente. En España ha defendido explícitamente esta posición José Juan Moreso (Moreso 2001); creo que podría incluirse

Entiendo que este aspecto se pone claramente de manifiesto en la propuesta de Frederick Schauer de un "*positivismo presuntivo*"; de acuerdo con Schauer el positivismo excluyente da cuenta adecuadamente de cómo operan la mayor parte de las normas jurídicas validas ("*pedigreed norms*") para los operadores jurídicos –esto es: como razones perentorias– pero, al mismo tiempo, admite que en cierto tipo de sistemas jurídicos (como el norteamericano) ocurre que las normas jurídicas válidas pueden ser derrotables cuando "pueden aportarse razones particularmente exigentes para no aplicarlas" (Schauer 1992, p. 203) y, por ello, que sólo operan como presunciones (refutables) de la decisión. Insiste Schauer, sin embargo, en que la idea de presunción de aplicabilidad no supone ningún especial punto de vista epistémico y que, por ello, resultan correctos tanto el punto de vista del positivismo convencional como el punto de vista de Dworkin, por cuanto describen dos supuestos distintos, y que "si denominamos o no denominamos "Derecho" a este tipo de factores de invalidación es una discusión que es en cierta medida terminológica" (ibídem, p. 205). Admitir que es una disputa terminológica sería, desde luego, disolver la discusión entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente pues, por lo que parece, su disputa se limita a considerar o no considerar como "Derecho" esos valores, principios o razones que, contingentemente, la regla de reconocimiento (explícita o no explícita) de unos determinados sistemas jurídicos puede admitir como test de la validez de sus normas.[30]

Lo que, sin embargo, me parece de gran interés para poner fin a esta reflexión es preguntarnos adónde nos lleva una u otra concepción del Derecho.

---

también en ella a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero 1996). Sin embargo, más recientemente Manuel Atienza ha presentado una caracterización del "paradigma constitucionalista", como concepción del Derecho, en doce rasgos –en forma similar a lo que hizo Llewellyn para caracterizar al movimiento realista- (Atienza 2001, pp. 309-310); este paradigma, al que Atienza se adhiere, se sitúa claramente en lo que García Figueroa denomina "no *positivismo* principialista" cuyos representantes más cualificados son Ronald Dworkin, Robert Alexy y, entre nosotros, Carlos S. Nino, principalmente en su obra póstuma (Nino 1994), donde se sitúa en una posición de inspiración dworkiniana tan abiertamente crítica con el positivismo que difícilmente podría considerarse positivista aun cuando –como en el caso del positivismo inclusivo– la vinculación de su concepción política del Derecho con su concepción epistémica de la democracia convierte a su teoría del Derecho en una teoría del "Derecho democrático". También Atienza deja claro que el paradigma constitucionalista "desde el punto de vista político es claro que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales" (ibídem, p. 309).

[30] Ángeles Ródenas ha defendido una cuidadosa reconstrucción del positivismo presuntivo de Schauer (Ródenas 2000).

3.4. ¿Por qué ser positivista?

Tal y como entiendo esta complicada polémica parece que el positivismo incluyente no niega la tesis de las fuentes sociales puesto que, en términos generales, admite que el que unos determinados sistemas jurídicos incluyan entre los criterios últimos de validez principios o valores morales racionales es, en todo caso, un hecho social contingente de carácter convencional; parece que tampoco niega la tesis de la separación puesto que admite que la conexión entre Derecho y moral es contingente y no necesaria, ya que la conexión que se afirma es tal que sólo se produce en determinados sistemas jurídicos y no en todos; pero, finalmente, parece que niega la tesis de la identificación objetiva porque, en este tipo concreto de sistemas jurídicos que incorporan la moral crítica como criterio de validez, la identificación de lo que es Derecho requiere un juicio moral genuino de modo tal que afirmar –en estos casos– que algo es Derecho es afirmar que es conforme con la moral racional o crítica, y afirmar que algo es inmoral es –en estos casos- negar que sea Derecho.

Me atrevería a decir que estos puntos de vista, que en principio sólo pretenden negar que el punto de vista positivista resulte adecuado a sistemas jurídicos civilizados, corren el riesgo de reincidir en el iusnaturalismo aunque sólo sea en un iusnaturalismo "local" o "relativo a ciertos contextos". Pero, aun con estos límites, reinciden en el iusnaturalismo y, con ello, en su más grave problema, esto es: en lo que podríamos denominar la "justificación por defecto" del Derecho positivo. Esto es precisamente lo que convirtió al iusnaturalismo ontológico en una concepción conservadora muy similar, en su conclusiones, a lo que más recientemente se ha llamado "positivismo ideológico". Ello merece cierta explicación.

En una conferencia que Francisco J. Laporta pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull -en invierno de 1997, invitado a participar en un Seminario que yo impartía– presentó la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo (en forma esperpéntica, según él mismo hizo constar) en los siguientes términos:

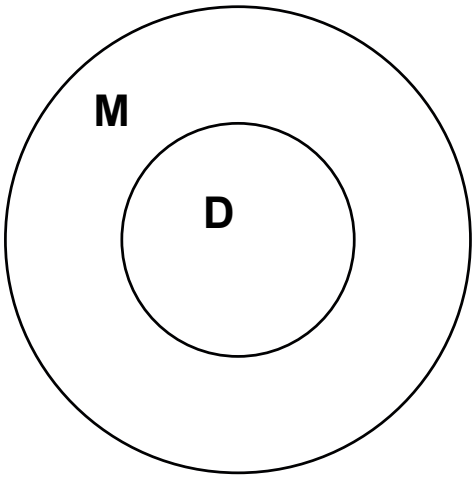
-(1) el iusnaturalismo ontológico establecería una afirmación sobre la moral y una conclusión sobre el Derecho: *"N no debe ser obedecida, luego N no es Derecho"*.

-(2) el positivismo ideológico establecería una afirmación sobre el Derecho y una conclusión sobre la moral. *"N es Derecho, luego N debe ser obedecida"*.

Aunque anoté los enunciados en esta forma, tal y como él los propuso, creo que la fuerza de su argumento queda más clara si hacemos explícita en ambos una matización que está sólo implícita. El postulado, en esperpento, del iusnaturalismo ontológico diría. *"N no debe ser <u>moralmente</u> obedecido,*

luego N no es Derecho"; el postulado, también en esperpento, del positivismo ideológico diría: *"N es Derecho, luego N debe ser moralmente obedecida"*. El primer postulado es, en efecto, típico del iusnaturalismo ontológico y ha sido mil veces reproducido en la forma: *"L es injusta (por lo que no debe ser obedecida), luego L no es Ley, sino corrupción de la Ley"* , tal y como fue enunciado por San Agustín y repetido por Santo Tomás. El segundo postulado es, sin embargo, menos frecuente y pocos son los positivistas que se han tomado en serio las pretensiones morales de una tautología como *"Gesetz ist Gesetz"*.

En ambos postulados se establece una conexión necesaria entre Derecho y Moral aunque la formulación parezca asimétrica pues el postulado iusnaturalista se enuncia negativamente y el postulado positivista se enuncia positivamente, pero el resultado es el mismo: *no todo lo que debe ser moralmente obedecido es Derecho aunque todo lo que es Derecho debe ser moralmente obedecido*. En el primer caso se afirma: "ninguna norma puede ser jurídicamente obligatoria si no es moralmente obligatoria, aunque hay normas moralmente obligatorias que no son jurídicamente obligatorias"; en el segundo caso se afirma: "toda norma jurídicamente obligatoria es moralmente obligatoria, aunque haya normas moralmente obligatorias que no son jurídicamente obligatorias". Es decir que tanto el iusnaturalismo ontológico como el positivismo ideológico coinciden en que hay una zona de la moral que es independiente del Derecho pero que no hay ninguna zona del Derecho independiente de la moral. Hay, por tanto, obligaciones morales que no son obligaciones jurídicas pero no hay obligaciones jurídicas que no sean obligaciones morales. Lo que gráficamente podría representarse así:



Lo que aquellos enunciados de Laporta ponen de relieve es, precisamente, que las tesis del iusnaturalismo ontológico y las tesis del positivismo ideológico finalmente coinciden a la hora de dotar de una justificación moral al Derecho positivo. Las tesis del positivismo ideológico son, bajo un punto de vista moral, más toscas. Bobbio distinguió, a este respecto, cuatro argumentaciones típicas (la concepción escéptica o realista de la justicia al modo de Trasímaco, la concepción convencionalista de la justicia al modo de Hobbes, la concepción sacral de la autoridad al modo de la legitimación carismática y la concepción del Estado ético al modo de la derecha hegeliana) (Bobbio 1979, pp. 270-273).

Las tesis iusnaturalistas son, en este aspecto, más refinadas.[31] Pero interesa señalar cómo llegan a la misma conclusión. Tomemos, por ejemplo, el influyente modelo de Fuller. En la medida en que admitimos que las ocho características morales se introducen en la definición del Derecho, cualquier sistema de normas que carezca de forma relevante de todas o algunas de las citadas características no es un sistema jurídico, no es Derecho. Puesto que el Derecho es un sistema de gran complejidad es más frecuente que, en relación con un sistema jurídico dado, podamos encontrar grandes sectores de normas que satisfacen aquellas ocho características junto a sectores -más o menos extensos y más o menos relevantes- de normas que no las satisfacen. En tal caso diremos que las normas que carezcan de forma relevante de todas o algunas de las citadas características no son leyes (no son normas jurídicas y no deben ser, por ello, obedecidas). Este sería el conocido supuesto de las "leyes que no son Derecho" (Radbruch 1971). Ahora bien, para todos los sectores de normas que satisfacen aquellas ocho características se deriva que está moralmente justificada la obligación de obedecerlas.[32] Y lo que es más: puesto que cualquier sistema jurídico satisface esas condiciones de moralidad interna de forma necesaria -esto es: por necesidad conceptual, ya que si no lo hace no es Derecho- entonces todo sistema jurídico es acreedor moral de obediencia (Lyons 1989, p. 83). Lo cual es la conclusión (2) propia del positivismo ideológico.

Con no poca frecuencia, sin embargo, las tesis iusnaturalistas operan también con cierta tosquedad. Ello sucede cuando los juristas las invocan

[31] Entre otras razones porque el iusnaturalismo escolástico distinguía un ámbito de autonomía del Derecho en las llamadas "*leges mere poenales*".

[32] Y ello sin tomar ahora en cuenta que las ocho características de moralidad interna requeridas por Fuller son –como ya señalé– moralmente mínimas. Por ejemplo, la norma penal que castigaba como delito de asociación ilegal el asociacionismo político en la España franquista reunía las ocho características de Fuller

como criterio general de carácter definicional (conceptual u ontológico) y a continuación las aparcan. Decía yo mismo hace ya veinte años:

> "Bien pudiera, y aun quisiera, equivocarme pero creo que aquí convivían en santa alianza una muy antigua concepción del derecho natural con un muy formal positivismo. El profesor De Castro, por ejemplo, definía el derecho como reglamentación ordenadora de una comunidad legitimada por su armonía con el derecho natural. Afirmaba, consecuentemente, que una ley injusta era más bien «violencia» que «ley». Uno podía entonces buscar ansiosamente una confrontación de nuestro ordenamiento civil con los más altos cánones de la Justicia. Inútilmente. Podía encontrar la discusión del error técnico que suponía haber adjudicado en el Código a los límites de la propiedad la posición de servidumbres, con lo cual -decía De Castro- se desconocía su verdadera «naturaleza jurídica». Podía también encontrar la discusión del fundamento histórico o de la interpretación doctrinal de tal o cual institución o precepto, pero nunca encontraría la afirmación de que un precepto, por ser injusto o por no armonizar con el derecho natural, no fuese jurídico. Si todos eran, en consecuencia, jurídicos, todos eran justos " (Hierro 1981, pp 9-10).

A esto es a lo que llamo la "justificación por defecto": siempre que no haya una evidencia de que la ley positiva contradice a la ley natural, siempre que no haya una rotunda razón moral para negar a una norma jurídica su carácter de Derecho válido, entonces –por defecto– resulta que la tal ley o la tal norma jurídica resultan automáticamente dotadas, en cuanto Derecho positivo, de obligatoriedad moral.[33] Y este tipo de justificación por defecto es el que conduce, habitualmente, al iusnaturalismo a las mismas conclusiones que el "positivismo ideológico".

La gran virtualidad de la tesis de la separación no estriba, ni sólo ni principalmente, en la dudosa posibilidad de construir una Ciencia del Derecho meramente descriptiva y libre de valoraciones, sino en la posibilidad de mantener un punto de vista moral frente al Derecho positivo libre de determinaciones fácticas. Lo que me parece más trascendente es, precisamente, que nos permite "orillar... el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica"

---

[33] Dworkin, por ejemplo, dedica una expresa atención a demostrar que la autorización de la pena de muerte por la legislación de algunos estados de la Unión no es Derecho válido conforme a la mejor interpretación de la Constitución de los Estados Unidos (Dworkin 1994, p. 4). Dejando ahora al margen los problemas que ello suscita desde el punto de vista de la "identificación" (de acuerdo con Dworkin, todos los que sostenemos que la pena de muerte *no debería* estar autorizada y que la anterior posición del Tribunal Supremo era una mejor interpretación de la Constitución, tenemos que sostener que la pena de muerte *no forma parte* del "Derecho de los Estados Unidos", lo que no deja de ser llamativo), lo que ahora me interesa es señalar que, a falta de un similar escrutinio, se deriva "por defecto" que la libertad de comercio, la propiedad privada de medios de producción o el derecho a portar armas están revestidos de autoridad moral.

(Hart 1962, p. 10). Y esta advertencia vale para cualquier sistema jurídico; también para los sistemas jurídicos civilizados.

No tengo ninguna duda de que nuestros sistemas jurídicos –los sistemas jurídicos democrático-constitucionales, los "Estados de Derecho" en el sentido de Elías Díaz (Díaz 1966)– han positivizado principios morales racionalmente fundados y de pretensión universal; tampoco tengo ninguna duda de que ello tiene trascendencia en la identificación de lo que es Derecho válido y de que añade dimensiones éticas nuevas y más complejas en los procesos jurídicos de toma de decisiones (confrontación de las reglas con los principios, derrotabilidad de las reglas, etc.); tampoco tengo ninguna duda de que este tipo de sistemas jurídicos es moralmente acreedor de obediencia, al menos "prima facie"; pero no veo por qué todo ello implica abandonar o debilitar el positivismo metodológico. En definitiva, creo que la importancia de mantenerse dentro del paradigma del positivismo metodológico reside, parafraseando a Kant, en "cercenar a la razón jurídica especulativa, a la Ciencia del Derecho, su pretensión de conocimientos trascendentes... Tenemos que limitar la Ciencia del Derecho, para reservar un sitio a la moral".[34]

Como afirma Lyons:

> "Nos quedamos con la siguiente conclusión: la existencia y el contenido del Derecho quedan determinados por factores que hacen que el Derecho esté sujeto a estimación moral, pero que no garantizan su valor moral. La relación entre el Derecho y los principios morales lógicos (si es que los hay) no es necesaria, sino contingente. En este sentido el Derecho es moralmente neutral" (Lyons 1989, p. 109).

La indicación de Juan Ruiz Manero, a la que ya he hecho referencia, me invita a señalar cuál es la diferencia entre la adhesión ética al positivismo jurídico que propuso Scarpelli y la adhesión, también ética, que yo propongo. En pocas palabras: Scarpelli propuso, con muy buenas razones, una adhesión por motivos éticos a lo que, en términos de Bobbio, llamamos "positivismo como teoría"; lo que yo he pretendido explicar es la relevancia ética de adherirse a lo que, usando los mismos términos, llamamos "positivismo metodológico". Lo único que, por mi parte, he pretendido subrayar es

[34] La afirmación de Kant que parafraseo es la siguiente: "...tan pronto como se adquiere la convicción de que hay un uso práctico absolutamente necesario de la razón pura (el moral), en el cual ésta se amplía inevitablemente más allá de los límites de la sensibilidad; para ello no necesita, es cierto, ayuda alguna de la especulativa, pero sin embargo, tiene que estar asegurada contra su reacción, para no caer en contradicción consigo misma... Así pues, no puedo siquiera *admitir Dios*, la *libertad* y la *inmortalidad* para el uso práctico necesario de mi razón, como no cercene al mismo tiempo a la razón especulativa su pretensión de conocimientos trascendentes... Tuve pues que anular el *saber*, para reservar un sitio a la fe" (Kant [1781] 1979, pp. 17 y 19).

que la adhesión al positivismo metodológico no es sólo, ni principalmente, una opción de motivaciones y consecuencias epistemológicas y/u ontológicas sino que tiene, también y principalmente, motivaciones y consecuencias axiológicas. Del carácter de estas motivaciones fue perfectamente consciente Scarpelli. "Es verdad que la separación entre el derecho y la moral, entre el derecho y los valores a la luz de los cuales se evalúa el derecho, es esencial en el positivismo jurídico; sin embargo, es preciso ver que tal separación hunde sus raíces en un acto moral, en un acto político, en una valoración... En una palabra, *es la moral lo que separa el derecho de la moral*, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho." (Scarpelli 2001, pp. 213-214; subrayado mío). Estas motivaciones y estas consecuencias son las que, en el debate actual, me parecen correr un serio riesgo; un riesgo que afecta, principalmente, a la independencia del punto de vista moral sobre el Derecho positivo, incluyendo -claro está- el Derecho positivo "civilizado".

Por estas razones, y en este sentido, merece la pena ser positivista.

Bibliografía

Allen, Carleton K. (1969): *Las fuentes del Derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (Orig: *Law in the Making*, The Clarendon Press, Oxford, 7ª edición, 1963; original de 1927)

Atienza, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona

- (2001) *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona

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

Austin, John (1971): [1832] *The Province of Jurisprudence determined*, edición de H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, Londres

Bayón, Juan C. (1991): *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

- (1996) *Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto*, en Comanducci y Guastini (eds.) 1996, pp. 47-63
- (2002) *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, Pablo E. y Redondo, M. Cristina (comps.) 2002, pp. 57-92

Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan R. de (eds.) (1990): *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Madrid

Bobbio, Norberto (1977): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán

- (1979) *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín
- (1980) *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia

BULYGIN, EUGENIO (1998): *Sobre observadores y participantes*, DOXA, nº 21, vol. 1, pp. 41-48

CALSAMIGLIA, ALBERT (1997): *Teoría del participante versus teoría general del Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, nº XIII-XIV, pp. 485-507

CARRIÓ, GENARO R. (1981): *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México

COLEMAN, JULES L. (1982): *Negative and Positive Positivism*, The Journal of Legal Studies, XI, pp. 139-164

DÍAZ, ELÍAS (1966): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid

- (1971) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid

DWORKIN, RONALD (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (Orig: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co., Londres, 1977)

- (1994) *Hart´s Posthumous Reply*, inédito

FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO (1987): *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid

FULLER, LON. L. (1981): *La moralidad del Derecho*, Trillas, México (Orig: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969)

GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO (1998): *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

GARCÍA GALLO, FEDERICO (1959): *Manual de Historia del Derecho español*, dos volúmenes, edición del autor, Madrid

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (1990): *Algo más acerca de la relación entre el derecho y la moral*, DOXA, nº 8, pp.111-130

- (1998) *Derecho y moral*, en Vázquez, Rodolfo (ed.) 1998, pp. 19-55

GONZÁLEZ VICÉN, FELIPE (1979): *La obediencia al Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, nº XXIV, incluido luego en *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, cit., pp. 365-398

GUASTINI, RICCARDO (1999): *Conocimiento sin aceptación*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Cuarta parte, Capítulo VII, pp. 388-412), Gedisa, Barcelona

HART, HERBERT L. A. (1962): *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires

- (1977) *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Orig: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961)

- (1994) *Postscript*, en *The Concept of Law*, segunda edición, Clarendon Press, Oxford

HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL (1989): *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona

HIERRO, LIBORIO L. (1981): *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia

- (2002) *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en Díaz, Elías y Colomer, José L. (eds.) 2002, pp. 11-73

HUDSON, W.D. (1974): *La filosofía moral contemporánea*, Alianza, Madrid

JORI, MARIO (2001): *Uberto Scarpelli y el iuspositivismo*, en Scarpelli 2001, pp. 37-55

KANT, IMMANUEL (1979): [1781] *Crítica de la razón pura*, edición de Francisco Larroyo, Porrúa, México

LAPORTA, FRANCISCO J. (1990): *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, Doxa, nº 8, pp. 131-147

- (1993) *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México

LOSANO, MARIO G. (1982): *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid

LYONS, DAVID (1989): *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona

MACCORMICK, NEIL y WEINBERGER, OTA (1986): *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Pub. Co. (Kluwer), Dordrecht

MAIHOFER, WERNER (ed.) (1962): *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt

MORESO, JOSÉ JUAN (2001): *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, en Diritto & questioni pubbliche, nº 1, pp. 99-120 (http://dirittoequestionipubbliche) (Hay versión castellana publicada en Navarro, Pablo E. y Redondo, M. Cristina (comps.) 2002, pp. 93-116)

NAVARRO, PABLO E. y REDONDO, M. CRISTINA (compiladores) (2002): *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona

NINO, CARLOS S. (1994): *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona

PASSERIN D´ENTRÈVES, ALESSANDRO (1954): *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milán

PECES-BARBA, GREGORIO (1983): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid

PRIETO, LUIS (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

- (1998) *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid

RADBRUCH, GUSTAV (1941): *La natura delle cose como forma giuridica di pensiero*, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, nº XXI, pp. 145-156

- (1971) *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, en Radbruch, Gustav; Schmidt, Eberhard y Welzel, Hans, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid 1971, pp. 1-22

RAWLS, JOHN (1971): *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford (Traducción española: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979)

RAZ, JOSEPH (1982): *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, UNAM, México (Orig: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979)

- (1994) *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford

- (1998) *Postema on Law´s Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment*, en Legal Thoery, nº 4, pp. 1-20.

RÓDENAS, ANGELES (2000): *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México

ROSS, ALF (1961): [1951] *Tû-Tû*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires

- (1961) *Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law*, Revista Jurídica de Buenos Aires, nº 4, pp. 46-93, incluido en Ross 1969

- (1963) *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires (Orig: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958)
- (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires

Ruiz Miguel, Alfonso (1997): *Derecho y punto de vista moral*, Anuario de Filosofía del Derecho, nº XIII-XIV, pp. 571-597

Sastre, Santiago (1999): *El positivismo jurídico y el punto de vista interno*, en Revista de las Cortes Generales, nº 48, pp. 71-88.

Scarpelli, Uberto (2001): *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla (México) (Orig: *Cos´è il positivismo giuridico?*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965)

Schauer, Frederick (1992): *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford

Serafini, Felipe (1927): [1858] *Instituciones de Derecho Romano*, dos volúmenes, Espasa Calpe, Madrid

Shiner, Roger A. (1992): *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford

Soper, Philip (1993): *Una teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (Orig: *A Theory of Law*, Harvard University Press-Cambridge University, Londres, 1984)

Vázquez, Rodolfo (ed.) (1998): *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona

Waluchow, Wil J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford

EL SENTIDO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Tom Campbell
Universidad Nacional de Australia

La teoría del positivismo jurídico es usualmente considerada como analítica, descriptiva y explicativa[1]. El sentido del positivismo jurídico, desde este punto de vista, es proporcionar una precisa caracterización del Derecho tal como éste es en realidad, en lugar de como debe ser. Esto, se supone, se sigue de la insistencia positivista en que la teoría del Derecho natural niega la distinción lógica entre descripción y prescripción y, en particular, confunde el análisis del Derecho con su crítica. Este punto de vista puede ser puesto en duda si distinguimos las prescripciones relativas al contenido del Derecho de aquellas relativas a su forma. Usando esta distinción, voy a defender que es esclarecedor y fructífero considerar el positivismo jurídico como una teoría normativa que trata de determinar qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma[2].

La interpretación normativa del positivismo jurídico evita las discusiones puramente semánticas sobre la definición de Derecho y sitúa los desacuerdos sobre el Derecho en un contexto significativo en el que estos análisis y descripciones en competencia son vistos como teniendo cierta conexión con ideales jurídicos alternativos, eludiendo así la doble trampa de los desacuerdos puramente definicionales sobre conceptos jurídicos, por un lado, y de los intercambios de información inconcluyentes sobre los diferentes sistemas jurídicos, de otro. Además de favorecer una mejor comprensión de las variedades del positivismo jurídico, la lectura normativa del positivismo nos legitima para desviarnos de ingratas discusiones como la de los aspectos definitorios del positivismo jurídico en sí mismo[3].

---

[1] Como, por ejemplo, W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994), cap. 2.

[2] Para variaciones sobre este punto de vista respecto del positivismo jurídico ver T. Campbell, *The Legal Theory of Etical Positivism*, (1996); D.N. Mac.Cormick, "The Ethics of Legalism"(1989), *Ratio Iuris*, núm. 2, pág. 184; J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, (1979), pág. 50 y J. Waldron, "The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory", (1989), *Ratio Iuris*, núm. 2, pág. 79.

[3] Pueden encontrarse útiles definiciones de trabajo de positivismo jurídico en H.L.Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (1983), págs. 57 a 59, y J. Coleman, "Negative and Positive Positivism", (1982), *Journal of Legal Studies*, núm. 11, pág. 139.

Para muchos teóricos del Derecho contemporáneos, el positivismo jurídico es poco más que un telón de fondo que sirve para resaltar la superioridad de sus propias caracterizaciones del Derecho, más sofisticadas y esclarecedoras. El positivismo, se pretende, describe mal el Derecho como un conjunto de reglas discretas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho, cuyo trabajo está al margen de los desacuerdos morales y políticos de la vida diaria[4]. Más específicamente, se dice que el positivismo jurídico no ha conseguido aceptar el giro interpretativo en la filosofía del Derecho que ha traído a la luz el papel crucial de los jueces y la cultura jurídica en la adscripción de sentido y significado a reglas que, por sí mismas, son compatibles con un número infinito de diferentes interpretaciones. La defunción del "significado literal" va de la mano con la muerte anunciada del positivismo[5].

Puesto que cualquier caracterización del Derecho como un sistema completamente autónomo de reglas es patentemente defectuosa en tanto que ejercicio descriptivo, es fácil ver por qué se considera que el positivismo jurídico debe ser una teoría desacreditada. Todo jurista sabe que las decisiones jurídicas dependen de una multitud de factores que no vienen dados en las reglas relevantes. Las metas descriptivas del positivismo jurídico son doblemente cuestionables si se asocian con el empirismo estricto del positivismo científico, de acuerdo con el cual sólo las generalizaciones empíricas que pueden ser falsadas por observaciones sensibles son candidatas para la verdad científica[6]. Esto significaría que todos los juicios significativos sobre el Derecho, diferentes de las definiciones, tendrían que referirse a fenómenos observables, tales como sanciones físicas, distorsionando así la comprensión del Derecho desde el punto de vista de los participantes. Ninguna caracterización del Derecho que ignore su inteligibilidad y significado desde el punto de vista de aquellos que operan y son afectados por sus estructuras normativas puede proporcionar una caracterización satisfactoria de tal institución social compleja, como tan lúcidamente demostró H.L.A. Hart[7].

Las malas descripciones del proceso jurídico que, se dice, han perpetrado los positivistas jurídicos, incluyen dogmas conceptuales no justificados que definen el Derecho en términos de hechos sociales, tales como el de

---

[4] Este es *grosso modo* el criticismo de los realistas jurídicos, particularmente de los escépticos ante las reglas, ver J. Frank, *Law and the Modern Mind*, (1930), cap. 7.

[5] Ver S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, (1982); C. Yablon "The Indeterminacy of Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation", (1985), *Cardozo Law Review*, núm 6, pág. 917, y C. Norris Law, "Deconstuction and the Resistance of Theory", (1988), *Journal of Law and Society*, núm. 15, pág. 165.

[6] Como en K.Lee, *The Positivist Science of Law*, (1989).

[7] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, (1961), cap. 2.

mandatos procedentes de quien ostenta el poder, excluyendo aquellos factores morales y democráticos que se incrustan rutinariamente en la práctica real del Derecho. A esta crítica del positivismo jurídico se le da un giro ideológico al recalcar que esta sistemáticamente mala descripción del Derecho como un conjunto determinado de reglas tiene la función ideológica de camuflar el poder político de la judicatura, que está por ello mejor capacitada para imponer sus propios valores haciendo pasar sus decisiones como la aplicación moralmente neutral de reglas preexistentes y de alentar la creencia de que los ciudadanos y los jueces están, de la misma manera, limitados por un deber de manifestar total obediencia a los requerimientos de un "Derecho"objetivamente determinado. Desde este punto de vista, el sentido del positivismo jurídico se encuentra en una agenda ideológica oculta, a saber, la legitimación de un sistema que camufla el poder político de los juristas y la clase de intereses que representan[8].

Este criticismo tiene una fuerza considerable y su constante repetición ha llevado a una situación en la que se sostiene ampliamente que el positivismo jurídico es una teoría jurídica obviamente falsa y quizás peligrosa, una curiosidad histórica que es inútil de cara al desarrollo del Derecho y de los sistemas jurídicos, una teoría que es expuesta sólo para preparar el terreno para otras caracterizaciones teóricas por medio de identificar los errores que ésta incorpora. Una consecuencia del eclipse del positivismo jurídico es que ya no cumple adecuadamente el papel de una teoría oficial que pueda ser utilizada para justificar la realidad e importancia del conocimiento jurídico y el papel central del Derecho de los libros en la educación jurídica. Los jueces maduros repudian abiertamente los "cuentos de hadas" asociados al positivismo jurídico, del tipo de que los jueces no crean Derecho, o de que los tribunales no tienen que adoptar decisiones jurídicas difíciles para las cuales no se encuentra guía autoritativa en los textos existentes. Hablando en términos más generales, la defunción del positivismo jurídico es bien recibida por aquellos que ven que la teoría tiene un efecto negativo sobre el desarrollo del Derecho, al oscurecer las realidades del proceso jurídico en el cual, mientras que lo realmente circunscrito a las reglas sustantivas y procesales es relativamente poco, la pretensión o ilusión de que tales reglas de hecho determinan los procesos jurídicos es un freno efectivo a la consideración abierta de argumentos relevantes y al progresivo desarrollo del Derecho. El positivismo jurídico no es sólo falso, sino que se dice también que es pernicioso como una teoría que protege intereses atrincherados y

[8] Ver A.C.Hutchinson y P.Monohan, *The Rule of Law: Ideal or Ideology?* (1986), y V.Kerruish, *Jurisprudence as Ideology* (1991).

hace a los tribunales en nada receptivos a las necesidades de cambio social y de bienestar de los grupos oprimidos dentro de la sociedad[9].

El escenario cambia sensiblemente si adoptamos el punto de vista de que el sentido del positivismo jurídico no es proporcionar primariamente instrumentos analíticos y descriptivos, sino que directamente tiene que ver con una caracterización de cómo deben ser los Derechos y los sistemas jurídicos. Si el positivismo jurídico es una teoría normativa, entonces sus inadecuaciones descriptivas no son necesariamente fatales y los prejuicios ideológicos alegados pueden ser abiertamente confrontados, valorados y contestados. Los fallos descriptivos no niegan el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros demuestren la impracticabilidad de los últimos. En efecto, recalcar tales fallos, en este caso demostrando que el proceso jurídico real está habitualmente afectado por valores sociales extraños, preferencias políticas y prejuicios judiciales, resulta ser un catalizador para la reafirmación de sus aspiraciones prescriptivas. En particular, la demostración de que los tribunales están con frecuencia influidos por prejuicios de clase, género y raza, puede ser la ocasión para reafirmar el papel de las reglas al ayudar a combatir la toma de decisiones arbitraria y prejuiciosa por parte la las autoridades.

El sentido del positivismo jurídico, -entendido como una teoría ética relativa a la conducta jurídicamente relevante de los ciudadanos, legisladores y jueces- puede concebirse como la provisión de un modelo y una justificación de cara a la construcción de un sistema jurídico que se aproxime, hasta donde sea posible, a la realización de un sistema autónomo de reglas, como una parte necesaria de cualquier sistema político aceptable. La autonomía en cuestión no está ligada a los *inputs* de los sistemas jurídicos que, al menos en el modelo democrático del positivismo jurídico, son las reglas emanadas de las legislaturas, sino al proceso centrado en los tribunales, cuya función es aplicar reglas jurídicas a circunstancias particulares y resolver las cuestiones de Derecho y hecho que sean sometidas a su consideración[10]. El sentido del positivismo jurídico, así entendido, es recomendar que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos[11].

---

[9]Ver R.W.Gordon "New Developments in Legal Theory" en D. Kairys ed., *The Politics of Law*, (1982).

[10] Ver G. Postema, "Law´s Autonomy and Public Practical Reason", en R.P.George, *The Autonomy of Law: Essays in Legal Positivism*, (1996), cap. 4.

[11] Así, J. Raz *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, (1979), pág. 47: "Una norma jurídica tiene una fuente si sus contenidos y existencia pueden ser determinados sin recurrir a argumentos morales".

No es una tarea fácil la de rehabilitar el positivismo jurídico cuando la teoría está tan ampliamente considerada tanto intelectualmente defectuosa como retrógrada en sus implicaciones sociales y políticas. Sin embargo, el positivismo jurídico no se encuentra sin defensores e incluso entre sus críticos hay un creciente reconocimiento de que la teoría ha tenido una inmerecida mala prensa en los últimos años. En su introducción a una reciente colección de ensayos sobre el positivismo jurídico, Stephen Guest señala que mucha crítica a esta tendencia con respecto a la distinción entre Derecho y moral es superficial, y pasa por alto obvias disimilitudes entre ambos:

> A causa de estas diferencias características entre reglas jurídicas y morales podemos hacer preguntas sobre el positivismo jurídico que indagan el sentido de concebir el Derecho de esta manera. Es aquí donde esto se transforma en estimulante. Si nos preguntamos la cuestión del sentido, nos movemos de un enfoque descriptivo del Derecho, en términos [digamos] del origen empírico de la autoridad jurídica, a una caracterización basada en el valor humano práctico de realizar determinadas acciones en función de las determinaciones jurídicas, en lugar de las determinaciones morales. Podemos preguntar directamente: ¿A qué sirve perpetuar la idea de que las determinaciones humanas están en cierto sentido por encima de las determinaciones morales –quizás dadas por Dios-? Tomar un camino como éste fácilmente desemboca en una orientación basada en valores, quizás en la conclusión de que el positivismo es una buena o mala teoría moral, una sub-teoría de una teoría general de la moralidad política[12].

Aceptando la invitación de Guest[13], este artículo reflexiona sobre el sentido del positivismo jurídico explorando algunos de los objetivos morales y políticos que subyacen y dirigen el desarrollo de la teoría. Busca ilustrar con ejemplos la creencia de que es un ejercicio esclarecedor y estimulante (por liberador) el poner en candelero los aspectos morales y políticos de la empresa positivista y, en particular, contemplar el positivismo jurídico como una teoría que recomienda que creamos y sostengamos sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique, se siga y aplique sin recurrir a las opiniones morales de aquellos envueltos en este proceso. Llamo a esta aproximación la teoría del Derecho del positivismo ético[14].

---

[12] S.Guest ed., *Positivism Today*, (1996).

[13] Ver R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1077), pág. 347. Dworkin sugiere que vemos el positivismo jurídico como "una teoría política sobre el sentido o función del Derecho" en el sentido de que "el Derecho proporciona un conjunto de estándares establecidos, públicos y fiables cuya fuerza no pueda ser puesta en cuestión por algunas concepciones de los aplicadores respecto de la política y la moral". Ver también R. Dworkin, *Law´s Empire* (1986), págs. 45 a 113.

[14] Ver T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (1996).

Despejando el camino al positivismo ético

Es ampliamente admitido que los positivistas jurídicos sí que tienen puntos de vista políticos y morales. Los positivistas jurídicos clásicos, Jeremy Bentham y John Austin, eran tanto utilitaristas morales como psicológicos. Incluso Hobbes, a cuya teoría del soberano absoluto pude ser remontado el positivismo jurídico, puede sostenerse que suscribió los valores fundamentales de la vida y la obediencia a Dios que van más allá del mero prudencialismo. Lo que distingue a los padres fundadores como positivistas jurídicos, es comúnmente admitido, no es la suerte de sus creencias morales, sino la separación de sus creencias con respecto a sus definiciones y descripciones de Derecho. La más famosa de todas las citas que definen el positivismo es la declaración de Austin de que "la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra"[15].

La distinción entre la existencia y el mérito del Derecho se ha entendido que implica que la teoría del positivismo jurídico está en sí misma confinada al estudio de la existencia del Derecho como opuesta a sus méritos. Esta es una asunción falaz. La teoría acerca de cómo debe ser el Derecho puede, consistentemente con sus propias premisas, recomendar un sistema jurídico en el que se preste una atención escrupulosa a la distinción entre es y debe en relación con materias tales como la identificación y aplicación de las normas jurídicas. Ciertamente, trazar la distinción entre es y debe es una precondición de la opinión de que los aplicadores de normas deben abstenerse de hacer juicios de valor en el curso de su trabajo y de que los creadores de normas deben proporcionar normas que puedan manejarse de tal forma libre de valores. Si no se puede hacer tal distinción, entonces no tiene sentido requerir que deba ser implementada en la práctica y, siempre que tal distinción se haga, es posible presentar razones morales para sostener prácticas no morales. Así, el sentido del positivismo jurídico puede ser, consistentemente con la distinción lógica entre ser y deber ser, un sentido moral, la presentación de una aproximación al Derecho distintiva, que identifica los beneficios sociales y políticos de un sistema de reglas que son seguidas y administradas de formas que no dependen de la evaluación moral de su contenido por aquellos que las siguen y administran.

Las múltiples relaciones entre Derecho y moral son una enmarañada red que debe ser explorada y analizada si vamos a apreciar la naturaleza del positivismo ético. Es útil distinguir las formas empíricas, conceptuales y prescriptivas de las relaciones entre Derecho y moral.

[15] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pág. 184.

El positivismo jurídico está asociado a la tesis de que no hay relación necesaria (i.e. conceptual) entre Derecho y moral. Esta ha venido siendo conocida como la "tesis de la separabilidad" de acuerdo con la cual Derecho y moral pueden ser independientemente identificados y analizados en sus propios términos, sin referencias recíprocas.[16] En palabras de Hart "no hay una conexión necesaria entre Derecho y moral o el Derecho como es y como debe ser"[17]. Desde un punto de vista más preciso y fuerte sobre las relaciones conceptuales entre Derecho y moral, llamado "positivismo duro" o excluyente", se sostiene que es conceptualmente incoherente para un sistema jurídico incorporar cualquier referencia a la moral en su regla de reconocimiento, esto es, en la lista de fuentes del Derecho que son reconocidas por los tribunales.[18]El positivismo duro está a menudo articulado sólo para establecer la superioridad analítica del "positivismo blando" o "incluyente". La tesis de que una regla de reconocimiento puede incluir criterios morales, pero no necesita hacerlo. En contraste, la tesis de que el Derecho debe incorporar una referencia a la moral en la regla de reconocimiento es rechazada, como una forma de teoría del Derecho natural que cae completamente fuera del alcance de las teorías positivistas.

El positivismo ético presupone el positivismo blando, sosteniendo que un sistema jurídico, con propiedad conceptual, puede incorporar o no la moral dentro de su regla de reconocimiento, pero esta pretensión es secundaria con respecto a su opinión fundamental de que un sistema jurídico no debe incluir criterios morales en la lista autoritativa de las fuentes del Derecho. Esta es una forma prescriptiva, no analítica ni descriptiva, de positivismo jurídico duro o excluyente[19].

El análisis conceptual del Derecho y la moral no debe confundirse con afirmaciones empíricas sobre las relaciones fácticas implicadas entre el fenómeno moral y el jurídico. La tesis conceptual de la separabilidad no es una "tesis de la separación" como podemos llamar al punto de vista de que

---

[16] J.Coleman, "Negative and Positive Positivism" (1982), *Journal of Legal Studies*, núm. 11, pág. 139.

[17] H.L.A.Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", (1958), *Harvard Law Review*, núm. 71, págs. 593 a 601. Ver también *The Concept of Law*, pág. 253.

[18] Para posiciones de este estilo ver J. Raz, *The Authority of Law* (1979), pág. 50 y R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed., (1978), págs. 347 a 348.

[19] Al ser capaz de seleccionar su lectura preferente de la tesis de la separabilidad de acuerdo con sus objetivos teóricos, el positivismo ético no está afectado por un "adiós al positivismo jurídico" que indica el hecho de que hay múltiples formulaciones posibles de la tesis de la separabilidad. Ver K.Fuber, "Farewell to Legal Positivism" (1996), cap. 5. Una de las muchas versiones de la tesis de la separabilidad enunciada por Fuber encaja con el positivismo ético: "la Tesis del Contenido Neutral (TCN)" de que "el contenido de la definición de expresiones jurídicas básicas debe estar libre de valores", pág. 134.

moral y Derecho son fenómenos empíricos distintos. De hecho, ningún positivista niega que moral y Derecho interactúen, y que hay una superposición contingente entre el contenido y las funciones de la moral de una sociedad y su Derecho. Ciertamente, la tesis de la separabilidad es una requerida presuposición de aserciones sobre la interacción entre los dos sistemas y los límites de su separación real . Además, como hemos visto, desde el punto de vista del positivismo blando, adoptado por muchos positivistas, se concibe explícitamente que los sistemas jurídicos puedan incorporar contenidos morales de una manera formal. No forma parte del positivismo ético el hacer afirmaciones empíricas sobre la separación real entre el Derecho y la moral con respecto, bien a los contenidos del Derecho ordinario y la regla de reconocimiento, o bien a las funciones sociales del Derecho y la moral, más allá de que es factible en la práctica alcanzar un grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas de aquellos encargados de la implementación de las reglas jurídicas.

Ciertamente, el positivismo jurídico ha estado profundamente comprometido en demostrar las similitudes entre Derecho y moral como subsistemas sociales, tanto en el contenido como en la forma. La caracterización de Austin de la moral positiva, el análisis de Hart de la obligación jurídica como un subconjunto de obligaciones sociales, afirman las significativas conexiones empíricas entre Derecho y moral como fenómenos sociales.[20] Ambos teóricos, sin embargo, ulteriormente describen los mecanismos por los que la moral positiva y el Derecho positivo pueden ser distinguidos y separados cuando es necesario hacerlo así.

Se ha generado alguna confusión respecto de estas cuestiones empíricas, debido al fallo en distinguir entre los métodos y los objetivos de la teoría positivista. Muchos positivistas jurídicos realmente se consideran comprometidos con un estudio científico del Derecho (y ciertamente de la moral) y, además, valorativamente neutro, pero su positivismo metodológico no requiere que las conclusiones que alcancen estén limitadas a que la moral no está involucrada en la identificación del Derecho por aquellos realmente involucrados en los sistemas en cuestión o incluso que no hay una conexión necesaria entre Derecho y moral.[21] Esto podría ser confundir el método científico de la observación de personas con la conducta científica (o no científica) de las personas observadas. Los positivistas, como científicos, pueden descubrir que los juristas no son otra cosa sino científicos en su

[20] H.L.A.Hart, *Law, Liberty and Morality*, (1963), pág. 20, y *The Concept of Law*, (1961), págs. 79 a 88.

[21] Ver. S.R. Perry, "The Varieties of Legal Positivism" (1996), *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm IX, pág. 361.

aproximación al Derecho. Sin embargo, hay que advertir que algunos positivistas han hecho tal asunción ellos mismos y han imputado su propio positivismo científico a los aplicadores del Derecho del sistema en cuestión. El positivismo ético no comete este error. Ciertamente, la queja del positivismo ético es precisamente que muchos participantes jurídicos no adoptan de hecho la actitud valorativamente neutral hacia el Derecho que sería apropiado para ellos adoptar.

Esto nos conduce al tercer modelo de relación entre el Derecho y la moral, el modelo prescriptivo, desde cuyo punto de vista podemos identificar el positivismo ético como una teoría que va más allá de la tesis de la separabilidad para mantener la pretensión de que no sólo puede sino que debe haber una clara separación entre el Derecho y la moral en la práctica del Derecho. La pretensión no es la de que no debe haber superposición entre el contenido del Derecho y el de la moral en la práctica del Derecho, una cuestión en la que la teoría, dado su alcance restringido, es básicamente neutral, sino más bien que la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Esta es la tesis de la separación prescriptiva o, más específicamente, el positivismo prescriptivo duro.[22]

Es importante destacar que excluir términos morales de la regla de reconocimiento no significa que no se pueda hacer ninguna referencia en absoluto a las creencias morales de todos o ciertos miembros de la sociedad en cuestión, o a las doctrinas morales de un libro sagrado u otra fuente de autoridad moral, habida cuenta de que estos pueden ser identificados de una forma empírica. Es posible en principio descubrir sin suscribir los puntos de vista morales prevalentes en una sociedad o contenidos en un texto particular cuyo significado pueda ser establecido mediante el uso de convenciones lingüísticas aceptadas. Lo que debe ser excluido de una regla de reconocimiento, de acuerdo con el positivismo ético, es el lenguaje que requiere que se haga un juicio moral antes de que la regla en cuestión pueda proporcionar suficiente contenido para guiar nuestra conducta concreta. Las referencias a la moral positiva o a las fuentes religiosas pueden no obstante estar incorporadas en una regla de reconocimiento, siempre que aquellas puedan ser identificadas como fuentes sociales. Tales posibles fuentes del Derecho es improbable que sirvan a los propósitos del Derecho si los crite-

[22] El "positivismo prescriptivo duro" se presenta como relativo específicamente al positivismo ético de la regla de reconocimiento como distinto de la actividad de creación del Derecho. "Separación prescriptiva" es una etiqueta que puede aplicarse mejor a la tesis contraria al imperio de la razón dominante (*disastablishmentarianism*) de Neil MacCormick en el cual se afirma que el Derecho debe incorporar lo menos posible de la moral social. Ver N. MacCormick, "A Moralistic case for Amoralistic Law?", (1985), *Valparaiso University Law Review*, núm. 20.

rios de identificación son tales que no proporcionan una guía con respecto al contenido del Derecho resultante de éstas. La referencia a estándares aceptados, particularmente en situaciones en las que no existen tales estándares acordados, no contribuirá a un buen Derecho, pero no hay objeción en principio a que una regla de conocimiento haga referencia a la moral social, siempre y cuando haya un conjunto homogéneo de costumbres morales en la sociedad en cuestión, y el contenido de esa moral pueda ser establecido de una forma empírica e incontrovertible.

Como estas condiciones no se encuentran en las sociedades pluralistas contemporáneas, las reglas de reconocimiento efectivas en tales sociedades deben proporcionar formas de determinar qué elementos, si hay alguno, de la moral positiva son reconocidos como jurídicamente vinculantes. A este respecto la separación prescriptiva entre el Derecho y la moral es particularmente significativa en las diversas pluralidades de las sociedades postmodernas.

Una cosa es especificar la naturaleza del positivismo ético como un positivismo prescriptivo duro, pero ¿qué nos debe llevar a aceptar la tesis de que los criterios morales no deben constar en las fuentes del Derecho utilizadas por los ciudadanos como súbditos, los burocracias como administradoras y los tribunales como aplicadores? El positivismo ético no es una tesis conceptual con respecto al significado de "Derecho", aunque puede afirmarse que encaja bastante bien con los diferentes sentidos de discurso jurídico y moral a los que se refiere Guest. Tampoco es una tesis empírica con respecto a la separación concreta entre Derecho y moral en el proceso jurídico. El positivismo ético es más una crítica que una caracterización de lo que los tribunales hacen o no hacen, hasta el punto de que el positivismo ético es incentivado en lugar de depreciado por la evidencia de prejuicios políticos sistemáticos en los tribunales. Este además requiere de justificación en términos morales y políticos. Antes de explorar estas justificaciones del positivismo jurídico como teoría prescriptiva es útil reparar en algunos obstáculos preliminares a esta lectura del positivismo jurídico.

Un obstáculo a ser superado en la presentación del positivismo ético es la asociación del positivismo jurídico con el positivismo lógico, la doctrina filosófica generalizada desde 1930 a 1950, que permitía sólo dos clases de aserciones con significado, aserciones empíricas o falsables, por un lado, y juicios analíticos sobre el significado de las palabras, por otro. [23] De la teoría se sigue que el lenguaje moral está excluido de la esfera del discurso significativo y que su aparente objetividad debe ser explicada en términos,

[23] La formulación clásica está en A.J.Ayer, *Language, Truth and Logic*, (1936).

por ejemplo, argumentan, de que no son más que expresiones de emoción camufladas. Si el positivismo jurídico es construido como una aplicación del positivismo lógico, entonces es difícil considerarlo primariamente como una teoría ética y es fácil ver porqué es considerado como una forma de reductivismo empírico que, llevando la moral fuera del Derecho, rescata al Derecho de la esfera del mero subjetivismo.

Algunos teóricos que pueden, quizás controvertidamente, ser identificados como positivistas jurídicos, realmente expusieron los principios del positivismo jurídico y procuraron proporcionar un análisis del Derecho que prescindiera completamente de categorías morales, sobre la base de que los juicios morales no son otra cosa más que expresiones de emoción. Alf Ross y los realistas jurídicos escandinavos encajan fácilmente, por lo general, en esta categoría.[24] Sin embargo, las teorías subjetivistas de la moral nunca han tenido un carácter definitorio del positivismo jurídico. Sólo necesitamos pensar en la teoría moral firmemente objetivista de Jeremy Bentham y de John Austin, cuya teoría ética utilitarista sustenta todos sus otros trabajos, para percatarnos de que no hay ninguna incongruencia general en atribuir un profundo propósito moral a las teorías positivistas. Tampoco podemos asumir que todos aquellos que adoptan teorías subjetivistas de la ética toman por ello a la moral menos en serio.

Sin embargo, es correcto decir que muchos positivistas jurídicos son conscientes de la diversidad de opiniones morales y de la naturaleza intratable de los desacuerdos morales. Los que es a menudo dado como una razón para adoptar una perspectiva positivista acerca de la separación entre el Derecho y la moral con respecto a su contenido, de manera que el Derecho pueda ser utilizado para promover la cohesión social y servir como base para la resolución de disputas entre personas con puntos de vista morales contrarios. Sin embargo, no hay ninguna base para la asociación del emotivismo en la ética, ni con la diversidad moral extrema, ni con el desacuerdo moral incorregible. La existencia de verdades objetivas no garantiza el acuerdo en cuanto a lo que éstas verdades deban ser y el desacuerdo entre aquellos cuyas convicciones están apoyadas por la creencia en la corrección objetiva de sus puntos de vista puede resultar incluso menos tratable que las disputas de los emotivistas.[25]

Podríamos concluir que el positivismo jurídico ni presupone ni requiere el punto de vista del positivismo lógico sobre la moral, pero puede haber una asociación mucho más próxima con el segundo pilar del positivismo

---

[24] A.Ross, *On Law and Justice*, (1958).

[25] El mejor tratamiento general de estas cuestiones está en J.L.Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, (1977).

lógico, el empirismo científico, de acuerdo con el cual la experiencia es la única fuente de conocimiento, más allá de los significados de las palabras que usamos para describirlo. La asociación con el positivismo científico es un obstáculo mucho más inaccesible de superar en la representación del positivismo jurídico como una teoría ética. Los positivistas clásicos, Bentham y Austin, están fuertemente en influidos por la epistemología empirista que sustenta sus esfuerzos para liberar al Derecho del lenguaje vago e insubstancial que, en su opinión, impregna al common law. Es plausible contemplar el esquema completo de definiciones de Austin que se ocupa de mandatos, sanciones, soberanos y hábitos, como un intento de analizar el Derecho puramente en términos de categorías empíricas observables. Incluso Hart, que evita el empirismo crudo en aras a una aproximación más hermenéutica al Derecho, que se centra en el sentido del fenómeno para los participantes, se ve a sí mismo comprometido en una empresa sociológica que es emprendida para proporcionarnos una caracterización descriptiva fácilmente inteligible de un aparentemente misterioso aspecto de la sociedad humana.[26]

Por supuesto, hay contraejemplos de positivistas jurídicos canónicos que no son de ninguna manera empiristas científicos. Hobbes pretendía fundamentos geométricos en lugar de empíricos. Kelsen tiene una metodología kantiana independiente para separar el Derecho del empirismo científico,[27] y el propio Kant, a quien también se le puede considerar un positivista jurídico, no es evidentemente empirista.[28] No obstante, hay lazos estrechos entre el positivismo jurídico y la rama empirista del positivismo lógico, hasta el punto de que, al distinguir el Derecho y la moral, abren el camino para la afirmación de que el Derecho debería ser de tal manera que propiciarse su explicación mediante métodos empíricos. Ciertamente, es claro que hay un fuerte sentido antimetafísico en gran parte del positivismo jurídico.

Sin embargo, el positivismo ético no es imperialista en su lectura del positivismo jurídico. Las concretas teorías positivistas tienen una gran cantidad de objetivos diferentes. No se sostiene que todos los positivismos tengan el mismo sentido, o que cualquier positivismo tenga sólo un único objetivo. Los positivistas están más o menos comprometidos individualmente con el análisis, con la descripción y con la prescripción en diferentes combinaciones y con diferentes énfasis. Lo que se sostiene es que no podemos excluir la perspectiva prescriptiva del conjunto de teorías positivistas, que este aspecto del positivismo es compatible con sus otros aspectos característicos y que

[26] *The Concept of Law,* prefacio.

[27] H.Kelsen, *The Pure Theory of Law*, (1967).

[28] Ver J. Waldron, "Kant´s Legal Positivism", (1996), *Harvard Law Review*, núm. 109, pág. 1535.

esta rama de la teoría positivista ha sido indebidamente negada y que puede ser útil enfatizarla como un mecanismo de comprensión y como una vía de acceso de la potencial relevancia de la tradición positivista en los debates actuales en el seno de la filosofía constitucional y política.

Explicar el positivismo ético como un elemento dentro de la filosofía política no es un ejercicio histórico, aunque puede ser más esclarecedor como una forma de comprensión de los trabajos de los positivistas clásicos. Ni se trata de una interpretación "lo mejor posible" que trate de proporcionar una imagen coherente y moralmente atractiva de toda una tradición. El positivismo ético es una forma viviente y en evolución del positivismo, más que un instrumento interpretativo. No está constreñido a dotar de sentido, moral o de otro tipo, a la historia del positivismo, sino que pretende enunciar una teoría contemporánea del Derecho satisfactoria. Aceptando que el Derecho es una actividad interpretativa, en el sentido amplio en el que la interpretación es una cuestión de adopción de significados que satisfacen fines específicos evaluativos, el positivismo ético no se debilita por el hecho de que muchos positivistas jurídicos tengan importantes objetivos ontológicos y científicos que no están directamente relacionados con los valores morales que también figuran en la historia del positivismo jurídico.

Otro obstáculo a la aceptación del positivismo ético es la asunción de que el positivismo jurídico no puede permitir que ninguna valoración del Derecho entre en la sustancia de la teoría sin contradecir su premisa distintiva relativa a distinción entre el Derecho y la moral e incurriendo en una forma de iusnaturalismo. [29] Sin embargo, éste es más un obstáculo psicológico que filosófico, ya que, como hemos visto, una vez que hemos distinguido entre dos formas de discurso, no hay inconsistencia en entregarse a ambas formas separadamente. Sin embargo, podría argüirse que la finalidad última de trazar la distinción en el contexto del positivismo jurídico clásico era construir una disciplina separada de la jurisprudencia, o de la ciencia del Derecho, que no diera lugar a argumentos relativos al contenido o forma adecuada de Derecho. La ciencia del Derecho no se contamina con la ciencia de la legislación.

Hay dos respuestas significativas que dar a esta verdad histórica. La primera es que los juicios morales que los padres fundadores del positivismo jurídico evitaban eran juicios sobre el contenido adecuado del Derecho, y no sobre las razones para comprometerse en un estudio científico del Derecho libre de valores. Puede haber razones morales para comprometerse con

[29] Tales argumentos tienen lugar en D.Beyleveld y R. Brownsword, *Law as a Moral Judgement*, (1989), M. Detmold, *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism,* (1984) y J.Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, (1980).

una disciplina que no es en sí misma moral. Claramente Bentham, Austin, y menos indiscutiblemente Kelsen, tenían tales fundamentos morales para embarcarse en ello y perseguir sus propósitos. Se ha reconocido que las valoraciones del positivismo ético no están primariamente dirigidas al valor intrínseco de las empresas puramente descriptivas y explicativas, pero tampoco están dirigidas al contenido adecuado del Derecho. Su propósito es demostrar que el Derecho debe consistir en reglas fijas y claras, aplicables y aplicadas sin recurso a los juicios de valor.

La segunda respuesta es que es posible ver los elementos científicos del positivismo clásico como más directamente orientados a establecer la posibilidad de un sistema jurídico libre de valores, que a demostrar su existencia real, incluso dentro de los confines de las culturas desarrolladas. Pero libre de valores aquí significa valorativamente neutral sólo en relación con el proceso de razonamiento y las decisiones requeridas a los participantes para operar en tales sistemas, en la medida en la que están relacionadas con el reconocimiento y aplicación del Derecho, y no con su creación. Al mismo tiempo está claro que los positivistas jurídicos no se han abstenido en la práctica del formular juicios de valor en relación a la forma del Derecho. Esto puede ser o no una inconsistencia por su parte, pero no necesitamos ir más allá del análisis textual y la interpretación histórica para postular la tesis de que el positivismo ético no se opone a la tradición histórica de la cual ha surgido.

Podría ser infructuoso, sin embargo, hablar de positivismo ético si la teoría llegara a ser más inteligiblemente clasificada como una forma suave del Derecho natural que defiende una conexión necesaria entre la moral y la forma del Derecho, en lugar del contenido.[30] Esto salvaría al positivismo jurídico de la vacuidad moral a costa de ser atrapado por el Derecho natural, una victoria muy pírrica. La simple respuesta a esta línea de análisis es que el positivismo ético no postula que el Derecho, para ser Derecho, deba satisfacer ciertos fines morales, en su contenido o en su forma. No es el caso de que, simplemente porque el Derecho requiere justificación moral, el concepto de Derecho esté necesariamente unido a la moral. No todo lo que requiere justificación moral es en sí mismo una empresa moral. En el positivismo ético no hay una vuelta atrás respecto de la posición positivista de que hay malos Derechos que no obstante son Derechos y malos conceptos de Derecho que, no obstante, son conceptos de Derecho. Tampoco hay ninguna pretensión de que el Derecho tenga algún propósito objetivo, más allá de aquellos determinados por los seres humanos. Estamos por lo tanto

[30] Para versiones diferentes de este tipo de aproximación ver D. Beyleveld y R. Brownsword, *Law as Moral Judgment*, (1986), M.Detmold, *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*, (1984), y P. Soper, *A Theory of Law*, (1984).

muy lejos de adoptar los conceptos claves del Derecho natural, a pesar del hecho de que la propia teoría del Derecho natural tenga una gran cantidad de argumentos relativos a la utilidad y potencial moral del Derecho positivo.

Hay múltiples similitudes entre el positivismo ético y la teoría de Lon Fuller del Derecho natural procesal, ya que ambos ven el Derecho como una empresa que persigue propósitos que requieren de determinadas técnicas a las que nos referimos característicamente como el imperio de la ley.[31] Si los seres humanos van a ser sometidos al gobierno de la Ley, entonces esa Ley debe consistir en reglas que sean claras, prospectivas, practicables, promulgadas y estables. El positivismo ético contribuye a ello, pero no hace objeciones. Sin embargo, el positivismo ético no sigue a Fuller en la vía de la aseveración de una conexión necesaria entre estas técnicas y el contenido moral del Derecho que satisface estas condiciones de legalidad. El positivismo ético no es, por lo tanto, ni siquiera una forma de un Derecho natural procesal si éste se entiende que incorpora una asunción de una conexión interna y necesaria entre la buena forma y la buena substancia. Y debe ser añadido, la teoría del Derecho natural no tiene un monopolio sobre el objetivismo en teoría moral. El Derecho natural representa aquellas formas de objetivismo moral que descansan en una suerte de ese razonamiento teleológico sobre la bondad de la naturaleza que son ajenas a la tradición más utilitaria de la que el positivismo ético emerge.

Explicaciones menos discutibles de la resistencia al positivismo ético provienen de su papel como una teoría del Derecho víctima propiciatoria a la que se acusa de mucha de actual desilusión con el Derecho y los juristas. Esta victimización ha fomentado caricaturas del positivismo jurídico que lo convierten en el tipo ideal de teoría villana, moralmente ciega, intelectualmente retrógrada y políticamente opresiva, caricaturas que se diluyen lentamente a la vista de contra-argumentos y ejemplos. Los aspectos concretos de estas caricaturas que requieren un análisis más pausado están relacionados concretamente con el citado amoralismo, o incluso con la inmoralidad del positivismo, al requerir obediencia absoluta a los ciudadanos y jueces con independencia de cuál sea el contenido moral de las leyes en cuestión, una posición que se compadece mal con la práctica cada vez más aceptada de llevar a juicio a aquellos que fracasan en su deber moral de desobedecer leyes injustas.[32]

---

[31] L.Fuller, *The Morality of Law*, (1969).

[32] Este debate en curso se sigue del intercambio entre H.L.A.Hart, "The Separation of Law and Morals", (1958), *Harvard Law Review*, núm. 71, pág. 597 y L.Fuller "The Separation of Morality and Law: A Reply to Professor Hart", (1958), *Harvard Law Review*, núm. 71, pág. 595. Ver D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, (1991).

El positivismo ético, como vamos a ver, defiende una sumisión general al Derecho que no tenemos otra razón moral para obedecer diferente el hecho de que es Derecho, y sugiere que hay razones morales importantes por las que no debemos acudir a nuestras propias opiniones morales simplemente porque el Derecho esté en conflicto con éstas. El positivismo ético no puede por lo tanto estar completamente de acuerdo con la respuesta que está abierta al positivismo descriptivo, de que el positivismo jurídico, al hacernos posible distinguir entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, nos hace posible ser más críticos con el Derecho y, por lo tanto, seguir nuestra conciencia cuando entra en conflicto con un Derecho injusto. Mientras que el positivismo ético no está comprometido con una obediencia al Derecho absoluta e irreflexiva, destaca el hecho de que permitir actuar sobre la base de un derecho moral a desobedecer el Derecho que pensamos que es injusto, si fuera ampliamente seguido, socavaría el Derecho como un sistema que, por medio de asegurar la conformidad, promueve la cooperación, el orden y resuelve conflictos. El positivismo ético ofrece muchas razones convincentes por las que es correcto subordinar las opiniones morales personales a los deberes jurídicos, excepto en las más excepcionales circunstancias. Esta no es una posición amoral, sino un caso de razones morales de segundo orden para separarnos de nuestros juicios morales de primer orden cuando éstos van en contra del Derecho establecido en nuestra jurisdicción. Cuáles son estas razones de segundo orden es objeto de consideración en la próxima sección.

Una segunda respuesta significativa a la caricatura de víctima propiciatoria del positivismo jurídico es destacar la confusión de asumir que los positivistas éticos deban en concreto comportarse como si estuviera en un sistema perfectamente positivista, cuando de hecho tienen que operar en situaciones en las que las normas carecen de muchas de sus características primarias de buen Derecho positivo. Un juez positivista, por ejemplo, no puede y no debe hacer juicios "mecánicos" cuando se enfrenta con normas vagas y ambiguas o con situaciones para las cuales no hay norma prevista. Todos los positivistas han defendido juicios discrecionales, al menos como soluciones "lo segundo mejor", que pueden ser la mejor práctica cuando nos enfrentamos con normas formalmente malas. A menudo las reglas bastante arbitrarias de la interpretación del Derecho legislado pueden verse como mecanismos artificiales para limitar tal discreción de una forma en la que se comprometen menos los ideales, tales como la certeza y la conclusividad, en las que el positivismo jurídico descansa.

En todo caso, el reconocimiento de que el éxito del esquema positivista depende del grado en el que hay conformidad con el modelo positivista deja claro que el positivismo ético no puede ser una teoría puramente prescripti-

va. Las prescripciones presuponen no sólo que una sociedad puede aproximarse al ideal positivista de Derecho, sino que, en un grado significativo, esta conformidad es lograda en la práctica. El positivismo ético, al defender que seguir las reglas tiene ventajas sociales, realmente presupone más que la mera distinción entre ser y deber ser, y la preferencia por un Derecho formalmente bueno frente a un Derecho formalmente malo. Muchos de los argumentos perfilados más adelante presuponen tal conformidad general al Derecho positivo, como es el requerir que se produzcan las pautas de conducta predecibles que se sostiene que son ventajosas. Si, por ejemplo, sólo hay una conformidad desigual a las reglas de circulación, es probable que suponga menos beneficio para una persona particular someterse a las mismas. Esta es la razón por la que la eficacia, en el sentido de cumplimiento general o obediencia habitual al Derecho, es a menudo requerida como una precondición de la validez jurídica en el esquema positivista de pensamiento[33]. Debe haber un umbral de conformidad, que a su vez presupone un cierto umbral de virtud formal en el Derecho con respecto a su claridad y precisión, antes de que los argumentos del positivismo ético a favor del imperio de las reglas tengan cualquier apoyo real.

Ciertas razones para adoptar el imperio de la reglas presuponen más conformidad que otras. La coordinación de gran cantidad de personas en situaciones potencialmente peligrosas es más vulnerable a la inobservancia o a la no disponibilidad del Derecho que interacciones más privadas y menos peligrosas. Pero puede concederse la idea general de que, aunque no es primariamente una teoría descriptiva del Derecho, el positivismo ético de hecho presupone un grado de realismo empírico que puede observarse en algunas sociedades la mayor parte del tiempo y en todas las sociedades cierto tiempo. Esto por sí mismo puede ayudar a explicar por qué el punto de vista del positivismo como una teoría empírica está tan firmemente atrincherado. Los beneficios normativos del positivismo ético descansan en la posibilidad empírica de implementar los modelos positivistas del Derecho que se han interpretado como descripciones de los sistemas legales reales. Este es un error comprensible.

Justificando el positivismo ético

Perfilar las razones morales que el positivismo ético proporciona para avalar su punto de vista de que las funciones de creación de normas y de aplicación de normas deben mantenerse separadas, y que la última debe ser conducida de la forma más libre de valores que sea posible, es una empresa

[33]Ver T. Campbell, "Obligation: Societal, Political and Legal", en P.Harris ed., *Political Obligation*, (1990).

desalentadora. No requiere una filosofía política completa, pues el positivismo ético no está directamente concernido con la elección de un contenido jurídico específico. Ciertamente una de sus pretensiones es que es una teoría que puede acomodar un abanico muy amplio de filosofías políticas diferentes. Pero la tarea de justificar el positivismo ético sí requiere la provisión de fundamentos para tener un tipo de sistema político que tanto se manifiesta como se contiene en el uso de las reglas como el modelo dominante de gobierno.

Afortunadamente esta extensa tarea aprovecha algunos argumentos familiares y posiciones relativas al imperio de la ley, como parte de un sistema democrático, que apuntan a las muchas ventajas de utilizar reglas tanto como instrumentos de gobierno como en cuanto límite al mismo. Para apreciar la fuerza de estos argumentos debemos primero tener un análisis de la idea de regla, tal y como ésta se presenta en la controversia acerca de que las reglas son ingredientes esenciales del gobierno legítimo, y alcanzar algo de luz sobre el papel de las reglas, tanto generalmente en la sociedad, como con respecto a las formas en las que los Estados gobiernan. Podemos empezar con la caracterización clásica positivista del Derecho de John Austin en términos de mandatos del soberano. Esta es en esencia una imagen del Derecho basada en reglas, puesto que los mandatos austinianos son mandatos generales, tanto con respecto a sus destinatarios, como con respecto a su contenido.[34] Hart no ha tenido dificultad en separar estos mandatos generales de la imagen de del emisor de los mismos, ofreciendo su famoso análisis de las reglas en términos de regularidad social, que está basado en una actitud interna por parte de los participantes sociales que se manifiesta a sí misma por medio de fuertes respuestas críticas a las desviaciones de las pautas de conducta en cuestión. [35] Es una característica de tales reglas sociales el ser imperativas, en el sentido de que se presentan como requerimientos a los cuales el individuo debe conformarse para evitar, bien las sanciones, o bien la crítica social y quizás la autocrítica.

A este análisis de las reglas sociales como regularidades de conducta, basado en actitudes internas de alabanza y culpa, debe añadirse una importante distinción entre "reglas de la experiencia", que ofrecen una guía, pero de las que hay que apartarse siempre y cuando sus recomendaciones no parezcan servir a sus presuntos fines,[36] y "reglas genuinas" o de mandato, que pretende la conformidad independientemente de su inmediata utilidad percibida. Las reglas de mandato, reglas que especifican las consideraciones que han

[34] J.Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lección I.

[35] *The Concept of Law*, (1961), págs. 79 a 81.

[36] F.Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Analysis*, (1991), pág. 11.

de tenerse en cuenta en las circunstancias específicas y excluyen cualquier otra consideración, son la clase de reglas que operan en los fundamentos del positivismo ético.[37]

Los fundamentos de las reglas comienzan por la asunción de que todas las reglas de mandato requieren justificación, aunque sólo en el sentido de que deben darse razones por las que debemos tomar en cuenta aquellas y sólo aquellas consideraciones especificadas en la regla cuando tomamos decisiones prácticas. Ciertamente, parece haber algo perverso en no tomar todas las consideraciones relevantes en cuenta en cada ocasión. En otras palabras, hay argumentos fuertes *prima facie* en contra de las reglas como una forma de irracionalismo. Las reglas de la experiencia son bastante fáciles de justificar puesto que facilitan decisiones rápidas que se esbozan sobre la experiencia acumulada derivada del ensayo y el error, pero podemos apartarnos de ellas si quienes las usamos decidimos que no son útiles en circunstancias particulares. Pero la reglas de mandato, que añaden a la privación de libertad de elección la irracionalidad de excluir razones relevantes, no son tan fácilmente justificables.

La tarea de justificar el gobierno de las reglas de mandato es particularmente acuciante debido a que no estamos tratando aquí de la justificación de reglas particulares por referencia a su contenido, sino de la justificación de tener reglas de cualquier contenido; la justificación para ello debe ser, por lo tanto, en gran parte independiente del contenido. Podría ser bastante fácil dar razones por las que debemos o no debemos adoptar y seguir esta o aquella regla particular, pero es menos fácil ver por qué debemos adoptar y conformarnos a las reglas en general y hacer esto sin realizar un enjuiciamiento independiente de su contenido. De ahí el atractivo del anarquismo en filosofía política y la plausibilidad de la ética de la situación o contextual en filosofía moral.

Sin embargo, una vez que nos embarcamos en la búsqueda de fundamentos para la reglas, nos encontramos con que es fácil proveerlos. En general, los fundamentos de las reglas pueden dividirse según que se trate de reglas cuyo objeto es el control, o de reglas cuyo objetivo es la coordinación. Las reglas de control son vistas como mecanismos para prevenir daños y asegurar la conducta beneficiosa, y están estrechamente ligadas a los mecanismos de sanción y educación. La estrategia de excluir ciertas materias de la

---

[37] Así, G. Warnock, *The Object of Morality*, (1971), pág. 65: "[Las reglas] excluyen de la consideración práctica los méritos particulares de los casos particulares al especificar de antemano lo que va a ser hecho cualesquiera que puedan ser las circunstancias de los casos particulares". Ver también J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, (1979), págs. 35a 45 y 73 a 76.

elección de los individuos está justificada como la única forma efectiva de lograr el control de la conducta requerido. Si dejamos que se las arreglen solos, los individuos, bien por estupidez o por auto-interés, causarán un daño innecesario e inaceptable a ellos mismos y a otros. Idealmente tales reglas deberían dejar absolutamente claro lo que se requiere de las personas de una forma que no esté abierta a racionalizaciones de tal tipo que hagan posible a los individuos escapar de sus a menudo gravosos requerimientos. De ahí la alegada necesidad de excluir los términos morales de las reglas de control social, porque los términos morales invitan a juicios subjetivos que proporcionan cabida a las excepciones autointeresadas.[38]

Las reglas de coordinación pueden ser útilmente divididas en reglas facilitativas, tales como las reglas de los contratos, que hacen posible el logro de acuerdos y aseguran su cumplimiento, reglas de conveniencia que hacen posible la cooperación eficiente en áreas en sí mismas no moralmente significativas, tales como las reglas de circulación, reglas distributivas, que están destinadas a hacer posible que amplios grupos de personas logren pautas de conjunto en la distribución de beneficios y cargas, y reglas de *output* que están destinadas a coordinar las actividades económicas de amplios grupos para la producción de bienes materiales y otros beneficios sociales.[39] Todas ellas tienen común la idea de que la acción coordinada es una forma más efectiva de lograr cualquier meta que requiera la participación de un amplio número de personas que a menudo se desconocen entre sí. En todos estos casos permitir a la gente decidirse sobre si seguir o no a las reglas o sobre si modificarlas en este u otro sentido invita a la confusión y ruptura en la coordinación de las actividades en cuestión. De forma semejante, la confusión sobre el contenido de tales reglas es tan destructiva de sus objetivos como lo es en el caso de las reglas de control.

Otros fundamentos de las reglas atraviesan estas categorías generales de fundamentos de las reglas. Así hay ventajas psicológicas de tranquilidad y autoconfianza en el orden, que son distintas de sus beneficios instrumentales para otros propósitos.[40] La tranquilidad mental resulta promovida, particularmente en sociedades complejas, por medio de una amplia conformidad a reglas claras y precisas. También están en parte estrechamente relacionadas

---

[38] Así J.Raz, ibid, pág. 51, defiende que es una función del Derecho el "proveer estándares publicos determinados por medio de los cuales los miembros de la sociedad están sujetos a ser limitados de manera tal que no puedan excusar no conformidad cambiando la justificación del estandar".

[39] Ver G. Postema, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", (1982), *Journal of Legal Studies*, núm. XI, pág. 165.

[40] Ver V.Aubert, "Some Social Functions of Legislation", *Acta Sociologica*, núm. 10, (1966), pág. 99.

con la existencia de las reglas consideraciones de justicia y equidad que capturan las diferencias y similitudes que son determinantes de cómo la gente realmente trata y cómo debe tratar a los demás, y en particular de cómo individuos y grupos son y deben ser tratados por el Estado. Tratar sistemáticamente igual casos iguales y desigualmente casos diferentes es inconcebible sin la rutinización de las reglas.[41]

Estas diversas fundamentaciones ilustran el amplio alcance de las consideraciones que los positivistas jurídicos pueden aportar para sustentar lo que puede parecer la difícil tarea de justificar tener reglas de mandato. Las fundamentaciones son totalmente independientes de un juicio con respecto a qué reglas particulares están justificadas, aunque hacen referencia al tipo de actividades al que se dirigen las reglas y la naturaleza general de los objetivos para cuyo logro pueden ser usadas las reglas. Todas las fundamentaciones se aplican a las reglas sociales en general así como a la reglas jurídicas; el ingrediente añadido que se requiere para justificar una regla jurídica es discutible, pero no disimilar de las fundamentaciones para tener reglas en general. Los factores que convierten las fundamentaciones para tener reglas en fundamentaciones para tener normas jurídicas tienen que ver principalmente con la seriedad de los propósitos a los que sirven las reglas y de hasta qué punto la conformidad general con reglas precisas y aceptadas es una precondición de su efectividad. Estas cuestiones están todas en el centro de la filosofía jurídica y política, pero no sustentan directamente los fundamentos generales para tener ciertas reglas de los tipos anteriormente perfilados.

Sin embargo, hay consideraciones particulares que salen a la palestra cuando se adoptan reglas oficialmente, no sólo respecto de su significado sino también en relación con el uso de la coerción y las sanciones para asegurar su cumplimiento. Ya hemos apuntado algunas de las razones positivas para asegurar el cumplimiento de las reglas y éstas pueden fácilmente trasladarse en consideraciones que sustenten la creación y sostenimiento de los Estados como formas por las que tal cumplimiento se logra. Por supuesto, hay otros argumentos que también apuntan al valor moral de los Estados, definidos como centros de coordinación de toma de decisiones y cooperación social que son obligatorios para todas las personas asociadas en una jurisdicción determinada. Estas justificaciones de los Estados puede que en sí mismas no hagan referencia a la reglas. Los mandatos particulares para la consecución de objetivos militares, económicos y sociales son, para todas las filosofías políticas, mecanismos evidentes para el logro de muchos

[41] Ver T. Campbell, *Justice*, (1988), capítulo 2.

conjuntos de bienes de los Estados. Sin embargo, el poder que los Estados adquieren sobre los ciudadanos da lugar todavía a otro fundamento de las reglas que tiene que ver con las formas en las cuales tal poder es usado y controlado. Aquí nos encontramos con los argumentos familiares de que los Estados, los Estados justificados, deben regirse de acuerdo con reglas públicamente conocidas y controlar y coordinar a sus ciudadanos por medio de reglas que les garanticen una cierta predecibilidad y libertad en sus vidas.[42]

Es en este contexto en el que la relevancia constitucional del positivismo ético entra en juego. Así, hay una exigencia de que las reglas que los gobiernos deben obedecer tienen que ser claras y precisas, pues de otra forma no imponen limitaciones reales a los gobiernos. Está también el argumento de que el poder del Estado sobre los ciudadanos es tan grande y el peligro de una conducta arbitraria para beneficiar los intereses de los miembros de un gobierno y del aparato asociado a él tan amenazante, que sólo la exigencia de reglas de gobierno claras y precisas puede proporcionar cierta protección a los ciudadanos y proporcionar una esfera de garantía de la libertad individual.[43]

Ambas consideraciones requieren una separación de poderes en la que los que hacen las leyes, cuya conducta es intencionalmente canalizada y controlada por las reglas en cuestión, no puedan por sí mismos hacer juicios sobre cómo se aplican éstas en las circunstancias particulares. Sin esta separación de funciones legislativas y aplicativas, se argumenta, no hay una defensa efectiva contra la aplicación selectiva e inconsistente de las leyes para adaptarse a los intereses de aquellos que tanto hacen como aplican las leyes. Todos estos fundamentos son parte de los argumentos familiares y básicos referidos al imperio de la ley que destacan las reglas del Derecho positivo claro y preciso como una precondición de la distinción práctica entre creación y aplicación del Derecho. Las reglas vagas y ambiguas efectivamente transfieren autoridad política a los tribunales que disfrutan de libertad para dar forma al Derecho por sí mismos de acuerdo con sus propios valores y preferencias.

A este respecto, el positivismo ético debe verse como parte de amplias filosofías políticas, algunas de las cuales incorporan una teoría del positivismo democrático que mantiene que la legitimidad política depende de tener reglas de mandato que se refieran al proceso democrático de las cuales emergen. Esta es por sí misma una extensa cuestión y constituye una amplia fuente de argumentos que sustentan la fuerza y relevancia del posi-

[42] Ver J.Waldron, "The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory", (1989), *Ratio Juris*, núm. 2, pág. 79.

[43] P.Pettit, *Republicanism*, (1996).

tivismo ético para las políticas contemporáneas. Así, puede argumentarse que focalizar las políticas electorales en la elección de reglas en lugar de simplemente en la elección de legisladores es un aspecto importante para hacer las elecciones de amplios electorados acordes con el ideal político del igual poder político. Además, debatir sobre las reglas y escogerlas puede tener un papel importante que jugar en la transformación de meras tomas de decisiones mayoritarias en la clase de toma de decisión democrática que produce una aproximación a un consenso sobre lo que constituye la justicia y el bien común.

Este exiguo perfil de la defensa del positivismo ético ilustra la batería de argumentos que pueden reunirse en favor del gobierno de la reglas positivas.[44] No todos estos fundamentos apuntan exactamente en la misma dirección con respecto a la clase del gobierno de las reglas que requieren, pero todos destacan el papel central de las reglas de mandato expresadas en términos claros y precisos y aplicables sin recurrir a las opiniones morales de quienes están concernidos, incluyendo ciudadanos, administradores y jueces.

Tan poderosos por acumulación son los argumentos en favor de las reglas positivas que sólo una demostración de contra-argumentos abrumadoramente poderosos podría evitar que el positivismo ético estableciera sus credenciales como un ingrediente de cualquier filosofía política aceptable. Sólo el alcance de las reglas y las esferas en las cuales éstas deberían operar permanecen en tela de juicio. Mientras que haya tales contra-argumentos que se refieren a otras ideas políticas, particularmente a los valores de la espontaneidad y la libertad, estos pueden ser adaptados para reducir la variedad y el alcance de las reglas que adoptamos. Es el gobierno, no la totalidad de la vida social y económica, lo que el positivismo ético desea favorecer y limitar a través de reglas de gobierno.

Mucho más difíciles para el positivismo ético son aquellos argumentos que se proponen demostrar que el positivismo establece un ideal irrelevante porque ninguna sociedad real se aproxima ni de lejos al nivel de ejecución concreta que se requiere para lograr sus objetivos. Algunos de estos argumentos son del tipo empírico que subrayan la brecha entre los ideales de un buen Derecho positivo y la realidad de la implementación desigual, la desviación de las reglas, la ignorancia del Derecho, y la ausencia de normas. Otros argumentos son más epistemológicos y apriorísticos, al pretender demostrar que las reglas, debido a su necesaria indeterminación, no pueden posiblemente cumplir las funciones asignadas a las mismas, incluso cuando los

[44] Para un tratamiento mas extenso ver T.Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*.

jueces, contrafácticamente, siempre estuvieran comprometidos a interpretar y hacer cumplir las reglas de una forma valorativamente neutral.[45]

Tanto los contraataques empíricos como los epistemológicos representan los mayores retos del positivismo ético. En cierto nivel pueden ser rebatidos de una manera sumariamente sencilla. Dada la general efectividad de gran parte de la administración basada en legislación específica y la utilidad general de, por ejemplo, las reglas del tráfico, es difícil para los críticos del positivismo ético demostrar conclusivamente la total impracticabilidad del modelo positivista. Por lo tanto, se transforma en una cuestión del grado en el que es factible aproximarse a este ideal y de las áreas de la vida social en las cuales la conformidad es más fácilmente alcanzable y es más importante.

De forma semejante, ningún argumento filosófico puede convincentemente negar, sin incurrir en una autocontradicción, que realmente tiene lugar un considerable grado de comunicación exitosa, particularmente entre personas que comparten el mismo lenguaje y experiencia social. Si una teoría filosófica del lenguaje no puede dar cuenta de los casos de éxito comunicativo evidente, entonces es claramente defectuosa como teoría. El problema comunicativo del Derecho radica en mantener una comunicación exitosa donde algunos participantes en el proceso tienen intereses personales en socavar tal comunicación para evitar consecuencias indeseadas.

Mucho más fructíferos en este contexto son los estudios que pretenden identificar las condiciones para la conformidad a la reglas y en particular las condiciones de la comunicación exitosa de normas dentro de comunidades lingüísticas. Una vez que se acepta que positivismo jurídico es un ideal al que se aspira, más que un depósito de verdades descriptivas y explicativas sobre todos los sistemas jurídicos, las cuestiones de la conformidad y de la comunicación pueden verse como ofreciendo una evidencia de las brechas entre la aspiración y la realidad a la que puede responderse por medio de esfuerzos para reducir esas brechas, particularmente donde están conduciendo a la injusticia y la ineficacia. Así, la evidencia de prejuicios sistemáticos en la interpretación y aplicación de reglas en relación con la clase o el género puede ser tratada mediante esfuerzos para proveer reglas que sean más explícitas con respecto a tales consecuencias indeseadas y proporcionando educación e información a los concernidos que les haga más conscientes del insidioso impacto de los prejuicios de clase y de género, y así implementar la cualidad de la aplicación imparcial de la reglas.

---

[45] Para tratamientos recientes de estas cuestiones ver B.Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (1993), y A.Marmor ed., *Interpretation and Legal Theory* (1992).

Argumentos más abstractos sobre la indeterminación de todas las reglas, sobre la base, por ejemplo, de que cualquier secuencia de números puede potencialmente ser desarrollada en un infinito número de formas, pueden responderse con la evidencia del impacto de las expectativas compartidas en la producción de estabilidad en las prácticas y los dispositivos institucionales que pueden ser puestos en práctica para corregir desviaciones inesperadas de las pautas familiares. En general, puede aceptarse que estudios lingüísticos que demuestran la naturaleza convencional del lenguaje y la relatividad de la posibilidad de entender símbolos de culturas y periodos particulares, ponen de manifiesto que los significados compartidos y la comunicación exitosa son logros culturales inestables que requieren constante renovación y reparación. En otras palabras, el significado literal y "natural" es un fenómeno socialmente dependiente cuyos movedizos parámetros son un constante reto no sólo para el legislador y los jueces sino para todos los miembros de la comunidad lingüística que pretenden compartir un marco común para sus diferentes formas de vida.

Este gran programa de extenso éxito comunicativo parecerá ingenuo aquellos cuya familiaridad con el proceso jurídico real les lleve a suponer que los juristas y jueces están frecuentemente comprometidos con esfuerzos para desestabilizar significados acordados y discutir pautas de interpretación que facilitan la comunicación, por medio de la introducción de ambigüedades insospechadas y nuevas lecturas que favorecen sus intereses y sus puntos de vista sobre cómo el Derecho debe ser oportunamente desarrollado. Además, dada la palpable (aunque exagerada) verdad de la tesis realista de que el Derecho es aquello que los tribunales declaran por medio de sus decisiones particulares, las posibilidades de alcanzar el modelo positivista dentro de un sistema de *common law* adverso y que supone que los tribunales están comprometidos en el desarrollo jurídico, son ciertamente escasas.

Es indudablemente el caso de que una cultura jurídica favorable, a la que se adhieren de buena fé los aplicadores del Derecho, es una de las precondiciones para la realización del modelo positivista. Sólo los tribunales, comprometidos con ideales positivistas, y provistos con reglas que tienen niveles satisfactorios de claridad, precisión y comprehensibilidad, pueden lograr un sistema positivista de Derecho. Todos están de acuerdo en que las reglas no se administran a sí mismas, y sólo tienen significado en términos de convenciones lingüísticas de grupos específicos. Ningún individuo puede ser forzado a adoptar aquellos significados que están clarísimamente dentro de los términos de las convenciones lingüísticas de su comunidad. El realismo jurídico tiene razón al afirmar que, mas allá de un sistema finito de apelaciones, no hay forma de hacer cumplir la legalidad positivista, pero esto no supone afirmar que un sistema, que es administrado por personas que

conversan con las convenciones comunicativas de la comunidad relevante, la cual está provista de buenas normas positivistas y comprometidas con el ideal del positivismo jurídico, no pueda conseguir lo que los tribunales reales a menudo no logran. La "ética" del positivismo ético no se refiere simplemente a argumentos justificativos en favor de la creación de normas positivisticamente buenas, sino también a la conducta y el método de aquellos que están implicados en la administración de tal sistema. Sin tribunales comprometidos con los ideales del positivismo ético, los beneficios del Derecho positivista no se pueden lograr. En la teoría del positivismo ético, la ética de los juristas debe tener mucho más que ver con el acuerdo de buena fe con el Derecho positivista que con las cuestiones más familiares de la honestidad, lealtad, diligencia y confidencialidad.[46]

Las implicaciones del positivismo ético

Si el sentido del positivismo jurídico es presentar la forma ideal de un sistema jurídico, es de esperar que sea parcial con respecto a reformas jurídicas que descansen en el estilo y proceso del Derecho, mientras que permanezca neutral con respecto al contenido deseable de normas particulares. El positivismo ético ayuda, además, a dotar de sentido al hecho de que caracterizaciones del Derecho supuestamente puramente positivistas científicas sean expuestas por teóricos con evidentes programa reformistas. De nadie puede predicarse esto tanto como de Jeremy Bentham, cuya hostilidad respecto de las oscuridades y mistificaciones del *common law*, sarcástica repudiación de las pretensiones de derechos universales e inalienables no jurídicos, y entusiasmo por la radical codificación del Derecho, son tan bien conocidas como su compromiso con la reforma social utilitaria y política. Concluyo, además, con algunas indicaciones sobre la clase de prescripciones que se siguen de la adopción del modelo positivista en las circunstancias contemporáneas. Algunas de esas indicaciones se refieren, como en el caso de Bentham, a cuestiones que en general se relacionan con el imperio de la ley, y otras, también siguiendo a Bentham, tienen más directamente que ver con el imperio de la ley dentro de un sistema democrático.

Las implicaciones del positivismo ético van más allá de la conducta de los tribunales. Ciertamente, es una teoría que se dirige primariamente a la naturaleza y forma de la legislación como la fuente preferente de Derecho nuevo. Si las normas no son claras, precisas e inteligibles, en términos de las prácticas lingüísticas de la comunidad a la cuál va dirigida, entonces

[46] Para un punto de vista radicalmente diferente, que implicaba al positivismo jurídico en la desbandada de la actual ética profesional jurídica, ver W.Simon, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers´Ethics* (1998).

los tribunales pueden hacer relativamente poco a favor de la realización del ideal positivista.

La preferencia del positivismo ético por el Derecho legislado como primera fuente de Derecho nuevo descansa en muchos sentidos en consideraciones de legitimidad democrática, pero hay más fundamentos generales para lograr la misma preferencia que puede observarse en el énfasis dado a la prioridad de las palabras de los textos del Derecho legislado frente al menor significado dado a las palabras reales de los juicios de common law. A pesar de todas las dificultades con que tropieza la interpretación de textos, éstos ofrecen al menos la posibilidad de acuerdo acerca de lo que Derecho requiere. Con este objeto, el positivismo ético se limita a centrarse en la capacidad del sistema jurídico para identificar el texto autoritativo del Derecho y a desarrollar un modo de interpretación del texto que justifique el significado dado al mismo en el proceso de legislación. Los tribunales, desde el punto de vista positivista, deben mostrar respeto por las palabras que han sido debatidas y votadas de acuerdo con los procedimientos formales de legislación, sin tener que embarcarse en el ingrato proceso de pretender descubrir las ocultas intenciones y motivos legislativos que subyacen bajo las elecciones que hace el Derecho. Contribuir a esta idea impone al positivismo ético un deber de enunciar una teoría normativa de la legislación que identifique los momentos de creación autoritativa de legislación a la luz del ideal positivista de Derecho formalmente "bueno". Esta es una tarea que requiere en igual medida atención que el debate jurisprudencial, centrado en los tribunales, sobre la interpretación del Derecho.

Una combinación similar de consideraciones democráticas y más generales referidas al imperio de la ley figura en las implicaciones del positivismo ético con respecto a las declaraciones de derechos. Centrándonos nuevamente en los fundamentos no democráticos a favor del gobierno de las reglas, la desconfianza del positivismo ético respecto de las declaraciones de derechos se refiere principalmente a los significados vagos e indeterminados de interminablemente amplias declaraciones de derechos y cláusulas, finalmente abiertas a excepciones, que desplazan todo el peso de la responsabilidad legislativa a "las interpretaciones"de los tribunales. Mientras que esto puede ser manejable en relación con ciertos derechos humanos básicos que es generalmente aceptado que los gobiernos deben respetar pero realmente no siempre lo hacen, el alcance de los derechos fundamentales hoy incluye algunas de las disputas políticas más polémicas y características intratables de las sociedades modernas. Los ejemplos del aborto en relación con el derecho a la vida, los gastos electorales en relación con la libertad de expresión y el derecho a la huelga en relación con la libertad de asociación, sirven para mostrar que el discurso contemporáneo de los derechos humanos no se

limita a vigilar el cumplimiento de los gobiernos en relación con conductas autoevidentemente ilegítimas. La pretensión de que se dote de precisión a estos derechos por referencia a los precedentes de los tribunales de derechos humanos sólo ilustra el hecho de que la precisión se logra de una forma *ad hoc* por aquellos mismos cuerpos cuyo papel es aplicar y hacer cumplir los derechos en cuestión.[47]

El positivismo jurídico, en su forma normativa, no excluye por sí mismo que se dote de prioridad lexicográfica a normas fundamentales en caso de conflicto con otras fuentes del Derecho y es generalmente neutral con respecto a los argumentos basados en la democracia a favor y en contra de atrincherar normas, pero la teoría produce un espectro de consideraciones contrarias a dotar de tal estatus a aserciones de derechos inespecíficas y carentes de límites que generan controversias tan pronto como se realizan intentos de concretarlos de una forma que afecte a las circunstancias del caso.[48] Paradójicamente, es la ausencia de mecanismos para trasladar tales abstracciones en decisiones determinativas - algo de lo que los positivistas están rutinariamente acusados de pretender que están en posesión- lo que lleva a los positivistas jurídicos a tal inquietud sobre derechos jurídicos indeterminados. La confianza jurídica en métodos kantianos de universalización, o en técnicas rawlsianas de toma decisión imparcial, o en la exhortación dworkiniana a interpretar una tradición jurídica como "la mejor posible", contribuye escasamente a tranquilizar al positivismo ético respecto de que no hay necesidad de mucha más precisión en la declaración de derechos, antes de que sean dejados en manos de la incierta jurisprudencia de los tribunales, cuyas determinaciones son jurídicamente soberanas en el caso de declaraciones de derechos constitucionalmente atrincheradas.

Estos ejemplos de las implicaciones prácticas del positivismo ético pueden ser ampliados en relación con materias tales como la resolución alternativa de disputas, las leyes anti-discriminación y el control jurídico de la acción de la administración. Sin embargo, los ejemplos dados son suficientes para ilustrar la forma en la que considerar el positivismo jurídico como un ideal político genera un debate focalizado en torno a lo que son cuestiones

---

[47] Para una visión general crítica de estas cuestiones, ver T.Campbell, "Democracy, Human Rights and Positive Law", (1994), *Sydney Law Review*, núm. 16, pág. 195.

[48] W.J.Waluchow, en *Inclusive Legal Positivism*, cap. 5 defiende que el positivismo jurídico excluyente no puede explicar el Derecho de los Estados dotados de "carta de derechos" donde el significado moral forma parte del Derecho. El positivismo jurídico duro prescriptivo acepta sus consideraciones pero toma su demostración como un fundamento para rechazar "cartas de derechos" que inviten a lecturas morales. R.Dworkin, *Freedom´s Law:The moral reading of the American Constitution*, (1996), defiende que tales lecturas morales de la Constitución americana, aunque generalmente no aceptadas explícitamente, son normales y deben ser elogiadas.

de las más discutibles y significativas planteadas en el Derecho constitucional contemporáneo. Estos debates muestran que el positivismo ético tiene algo que ofrecer que es muy diferente de las abstracciones generalizadas que pretenden capturar los aspectos generales de todos los sistemas de Derecho reales y las definiciones de conceptos jurídicos fundamentales que son a menudo utilizadas para circunscribir el debate imaginativo sobre la reforma de los sistemas jurídicos.

Los liberadores y precisos debates que han sido puestos en escena al interpretar el positivismo jurídico, junto con otras importantes teorías jurídicas, como ideales políticos en competencia, no se limitan a específicas materias políticas y constitucionales, sino que también afectan a alguno de los debates abstractos más persistentes en la teoría del Derecho como es el de la naturaleza de la obligación jurídica. Por ejemplo, si añadimos al análisis de las reglas de mandato anteriormente ofrecido, razones del tipo al que nos hemos referido a la hora de proveer fundamentos para el gobierno de las reglas, entonces probablemente estaremos llegando tan cerca como es posible a una noción plenamente significativa de obligación jurídica, y una que es bastante diferente de los fundamentos racionales relacionados con las sanciones que puedan seguirse con indiferencia hacia el Derecho, con lo que el positivismo jurídico está normalmente asociado. Al ofrecernos una multiplicidad de razones por las que debemos conformarnos a las normas, con relativa abstracción de nuestra aprobación o desaprobación de su contenido, el positivismo ético vuelve más inteligible la idea de que hay una obligación de obedecer el Derecho que no es contingente respecto de nuestra aprobación de su contenido específico. Esta, no obstante, esa otra historia y un propósito diferente.

(Trad. de Ángeles Ródenas)

IRONÍAS, FALACIAS, PERVERSIONES, ENIGMAS: SOBRE EL POSITIVISMO Y LA TESIS DE LA SEPARACIÓN

Luis Manuel Sánchez Fernández
Abogado, Master en Gobierno y Políticas Públicas. Profesor de la Unidad de Post Grado en Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, Perú, y de la Academia Nacional de la Magistratura

Este ensayo vuelve a ocuparse del positivismo legal y de sus tesis principales. Su interés principal será tratar de señalar algunas dificultades visibles en la exposición positivista, para lo cual se tratará de hacer un recuento de las tesis básicas del positivismo y una crítica justificada de las mismas.

Efectuar ese recuento puede parecer una tarea obvia, pero no lo es de una manera tan simple. Una razón de esto es que las teorías positivistas presentan diferencias notables ya en los trabajos de sus principales representantes. Además los autores positivistas más reconocidos pueden no haber sido muy fieles a sus argumentos, ni han mantenido la misma actitud durante su trayectoria. Adicionalmente, las tesis positivistas han sufrido en sus muchos seguidores significativas variantes y peripecias.

Recordemos que luego de las discusiones Hart-Fuller a fines de los 50, y Hart-Dworkin en los setenta, se ha hablado en el debate anglosajón –virtualmente el escenario de mayor discusión sobre el punto– de "sofpositivismo" (incluso por el propio Hart), positivismo "inclusivo" (Waluchow), positivismo "exclusivo" (Raz), positivismo "sofisticado" (Shiner), positivismo "institucionalista" (MacCormick-Weinberger), positivismo "negativo" o "incorporacionista" (Coleman) positivismo "delgado" (Schauer), positivismo "ético" (Campbell), etc[1].

Como ha escrito Ota Weinberger[2], tratar de mantener a todas estas posiciones dentro de un núcleo de coherencia positivista común, resulta una

[1] Por el lado de los críticos, para marcar las diferencias entre los primeros positivistas y los de generaciones más recientes se ha acuñado expresiones como "paleopositivismo" (Ferrajoli), "post positivismo" (Mazurek, Calsamigilia), etc, para nombrar puntos de vista de los que tenemos noticia.

[2] N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel Publishing Company, Netherlands, 1986, pp. 115-116.

tarea difícil. El estudio de Shiner[3] es también ilustrativo a este respecto, en cuanto a identificar las variantes positivistas principales, lo diferente que es una de otra, e incluso lo contradictorias que pueden ser en puntos claves. Es posible que algunos positivismos no puedan eludir derivar a posiciones de legalismo irremediable o más bien utópico[4]. En otros casos el reconocimiento del punto de vista moral es tan visible que es inevitable preguntarse hasta dónde pueden ser sostenibles tesis como las de la distinción entre *punto de vista interno* y *punto de vista externo*, o la separación postulada entre *derecho* y *moral.*

Para reconstruir el perfil del positivismo salvando estas contrariedades sin duda una salida legítima es recurrir a los clásicos. Tratar de entender cómo y por qué se definieron a sí mismos como positivistas autores como Bentham, Austin, Kelsen o Hart; si es que lo hicieron, cuándo lo hicieron y cómo lo hicieron.

En una dimensión más importante, este periplo debería ayudar a encontrar lo que es de *común* a estos autores, y en consecuencia, a reconstruir lo que es *consistente* como teoría dentro del positivismo, y excluir lo que no lo sea. Creemos razonable pensar que en el punto en que los argumentos de los autores positivistas saltan a consecuencias teóricas que autodestruyen sus presupuestos de partida, tales teorías no deberían ser tenidas estrictamente como positivistas. En esas condiciones, es preferible buscar otros puntos de apoyo para sostenerlas.

1. Una mirada a los clásicos

Se acostumbra remitir el positivismo legal hasta Hobbes. Lo que haría a este autor un positivista, según suele decirse, es que hace derivar el derecho de la voluntad (absoluta) del soberano. Y en efecto, Hobbes dice que el *"Civil Law es para cada sujeto, aquellas reglas que la Commonwealth ha mandado para él, mediante la palabra, la escritura, u otro signo suficiente de voluntad…"*[5]. La calificación de positivista es por cierto retrospectiva, desde que Hobbes por sí mismo no emplea este vocablo para definir su teo-

[3] Vid. Roger A. Shiner, *Norm and Nature, The Movements of Legal Thought,* Clarendon Press Oxford, 1992.

[4] Piénsese por ejemplo en el "positivismo ético" del que habla Campbell que aspira a una separación total entre legislación y aplicación del derecho. Según Campbell el positivismo ético *"apoya la visión de que la creación y la aplicación de normas deberían mantenerse separadas y que las últimas deben conducirse ajenas a toda valoración libre tanto como sea posible"* .T. Campbell, *The Point of Legal Positivism*, en *Legal Positivism,* Asgate, Darmouth, England, 1999, p. 337.

[5] Citado por Mark C. Murphy, *Was Hobbes a Legal Positivist?,* en *Legal Positivism*, Tom Campbell editor, ed. cit., p. 354.

ría. Recordemos a propósito que hay otros autores que prefieren calificarlo también como iusnaturalista, entre ellos, Finch[6], Robles[7], y más recientemente Murphy[8].

En Bentham la etiqueta tampoco aparece, pero las tesis que luego Austin, y en particular Hart, asocian con el positivismo analítico se revelan más claras. Bentham habla también del derecho como "mandatos" del soberano[9], e insiste además en la separación de asuntos "analíticos" y "evaluativos" . *"Hay dos caracteres* –señala Bentham– *uno u otro de los cuales todo hombre que tiene algo que decir sobre la materia del derecho, debe advertirlos; el del* ***expositor****, y el del* ***censor****. El dominio del expositor corresponde a explicarnos qué* ***es*** *el derecho como el supone; el del censor, observar qué piensa él que el derecho* ***debe ser****"*[10]. Postema ha subrayado que esta distinción benthamiana constituye lo que llama el "*dictum positivista*"[11]. En Bentham, anota Hart en la misma dirección, la separación derecho-moral estaría dirigida a evitar el peligro del anarquismo (alguien que pudiera no aceptar el derecho por el hecho de que no es moral); y del reaccionario (alguien que diga este es el derecho por tanto esto es lo que debe ser")[12].

John Austin parece definirse como positivista ante todo por su reconocimiento de que el único objeto de la filosofía jurídica es el derecho "puesto" por los hombres: *"la materia de la jurisprudencia* –escribe–*, es el derecho positivo: el derecho simple y estrictamente así llamado: o el derecho puesto por los superiores políticos a los inferiores"*[13]. *"El agregado de reglas establecidas por los superiores políticos* –dice más adelante– *es frecuentemente llamado derecho positivo, o derecho existente por posición"*[14]. No es que

---

[6] Vid, John Finch, *Introduction to Legal Theory,* Sweet & Maxwell, London, 1979.

[7] G. Robles, *Introduccion a la Teoría Del Derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 42.

[8] Este autor equipara la teoría de Hobbes con la de Santo Tomas. Vid. C. Murphy, loc. cit, p. 378.

[9] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J. H. Burns and H.L.A. Hart, University of London, The Athlone Press, 1970, p. 302.

[10] J. Bentham, *A Fragment on Government, The New Autoritative edition* by J. H. Burns and H. L. A. Hart, Cambridge University Press, 1988, p. 7.

[11] Gerald J. Posterma, *The Expositor, The Censor*, en *Legal Positivism*, edited by Tom Campbell, ed.cit. p. 412.

[12] H. Hart, *The Concept of Law*, second edition, Clarendon Press Oxford, 1994, pp. 86-87.

[13] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995 edited by Wilfrid E. Rumble, p. 18: *"the matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors".* A lo largo de este ensayo todas las traducciones del inglés son de responsabilidad del autor, salvo que se indique de otro modo.

[14] *"...the aggregate of the rules established by political superiors, is frequently styled positive law, or law existing by position"*, Idem, Lecture I, p. 19.

banalice la existencia de otro "derecho", lo que pasa es que Austin considera que lo que se llama *natural law* vendría a ser sólo una porción del derecho positivo y de la moralidad positiva[15].

En otro lado Austin expone su conocida tesis según la cual las leyes son especies de mandatos (o imperativos): *"every law is a command"*[16]. *"Una ley* –dice– *es un mandato que obliga a una persona o personas. Pero, a diferencia de un mandato ocasional o particular, una ley es un mandato que obliga generalmente a actuar o a abstenerse, a una persona o personas de una clase"*[17].

Aunque Austin cree que sólo el soberano puede crear leyes, esto no significa que el derecho positivo consista únicamente en leyes (*Estatutes*): *"... el derecho positivo llamado costumbre (y todo el derecho positivo hecho judicialmente) es establecido por el estado directa o indirectamente, y, por tanto, es imperativo. Estoy lejos de afirmar* –indica Austin– *que el derecho hecho judicialmente (o en la forma de una legislación impropia) y el derecho hecho por leyes (en la forma de legislación propia), tengan grandes diferencias…"*[18]. *"(L)eyes positivas* –aclara más adelante–, *o leyes estrictamente llamadas, son establecidas directa o inmediatamente por tres clases de autores: por monarcas, o cuerpos soberanos, como superiores políticos supremos; por hombres en estado de sujeción, como superiores políticos subordinados; por sujetos, como personas privadas, persiguiendo sus derechos legales. Pero todo el derecho positivo, o todo el derecho estrictamente así llamado, es un mandato directo o indirecto del monarca o cuerpo soberano en el carácter de superior político…"*[19]

Austin es a su vez enfático, o si se prefiere intransingente, en considerar que leyes (positivas) son leyes, independientemente de la bondad o maldad que contengan. *"La ciencia de la jurisprudencia (o simple y brevemente,*

---

[15] Idem, p. 115.

[16] Idem. p. 21.

[17] *"A law is a command which obliges a person or persons. But as contradistinguished or opposed to an ocassional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class".* Idem, p. 29.

[18] *"…the positive law styled customary (and all positive law made judicially) is established by the state directly or circuitously, and, therefore, is imperative. I am far from disputing, that law made judicially (or in the way of improper legislation) and law made by estatute (or in the properly legislative manner) are distinguished by weighty differences…"* Idem, p. 36.

[19] *"Positive laws, or laws strictly so called, are established directly or inmediately by author of three kinds: by monarchs, or sovereign bodies, as supreme political superiore: by men in a state of subjection, as subordinate political superiors: by subjects, as private persons, in pursuance of legal rights. But every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of political superior…"* Idem, p. 118.

jurisprudencia) tiene que ver con el derecho positivo, o con el derecho estrictamente así llamado, caracterizado sin tener en cuenta su bondad o maldad"[20]. Sobre la base de lo cual acuña su ampliamente conocida sentencia, que, entendemos ha servido, y sirve de emblema, a los autores positivistas: *"la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra…Un derecho que actualmente existe, es derecho, aunque éste no nos guste o lo desaprobemos"*[21].

Defendiendo a Hobbes, Austin añade luego estas expresiones que lo colocarían sin duda como un "positivista ideológico" en el sentido al que aludía Bobbio en los años sesenta: cuando Hobbes dice *que "ningún derecho puede ser injusto*", "*lo que significa es obviamente esto: que ´ningún derecho positivo es legalmente injusto´. Y su desacreditada proposición, comprendida de este modo, es indisputablemente verdad. Porque el derecho positivo es la medida o test de la justicia e injusticia legal* (sic)"[22].

Cuando Herbert Hart, el notable ex profesor de Oxford, asume la defensa de la tradición utilitaria de Bentham y Austin, es conciente que estos autores son recusados como positivistas, y desde luego el está dispuesto a aceptar ser ubicado en esa posición, aunque por momentos da la impresión que le cuesta un poco aceptar el mote[23]. Hart defiende especialmente a Austin por haber sido injustamente acusado de "formalista" y de negar la discreción judicial, lo cual no corresponde con lo que éste autor creía[24].

No es inexacto decir que el principal argumento que Hart asume como positivista es el de la neutralidad de la definición de derecho en relación a las demandas de moralidad, lo que en general se conoce como la *tesis de la separación*. *"El abogado considerará el libro* –advierte en el prefacio a *The Concept of Law– como un ensayo en jurisprudencia analítica, porque éste está interesado en el esclarecimiento del marco conceptual general del pensamiento legal, más que con la crítica del derecho o la política legal*"[25]. Y más adelante: *"Debemos decir aquí que Positivismo Legal significa el*

---

[20] *"The science of jurisprudence (or simply and briefly, jurisprudence) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodnes or badness"* Idem, p. 112.

[21] *"The existence of law is one thing; its merit or demerit is another…A law which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or and disapprobation*" Idem, p. 157.

[22] *"His meanings is obviously this: that ´no positive law is legally unjust´. And the decried proposition, as thus understood, is indisputably true. For positive law is the measure or test of legal justice and injustice*", idem, p. 217.

[23] Nótese que Hart entrecomilla la palabra "positivismo" para referirse a Austin, *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 8.

[24] Vid. H. Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals*, en Harvard Law Review, Volume 71, February 1958, Number 4, pp. 608-609.

[25] H. Hart, *The Concept of Law,* ed. cit. Preface.

simple argumento de que no es en ningún sentido necesariamente verdadero que las leyes reproducen o satisfacen ciertas demandas de moralidad, aunque en los hechos a menudo hagan eso…"[26].

Hart es menos específico que Austin en aducir razones propias a favor de la tesis que asume. Puede pensarse que quizás la da por demostrada, o quiere asumirla como un postulado dogmático. O quizás considera que es suficiente con reproducir los argumentos de Bentham y Austin como hace tanto en su artículo de 1958 y en su texto fundamental de 1961. Es de notar también que, en otro lado, Hart curiosamente parece hacer suyos argumentos no cognitivos, cuando relata la crítica de Mill a Montesquieu sugiriendo, indirectamente, que los aspectos morales son "prescripciones", y por ello no podrían ser establecidos ni por "*observación ni razonamiento"*[27]. Con todo, Waluchow considera que los argumentos de Hart sobre el asunto de la separación serían dos: a) mantener la posibilidad de crítica, para no caer en lo que Bentham llamó la salida anarquista y la salida reaccionaria; b) mantener la claridad intelectual para enfrentar dilemas morales prácticos[28] y buscar una respuesta jurídica adecuada a casos difíciles, como el de las Cortes alemanas de 1949, que Hart discute en su referido texto de 1958[29].

El otro argumento explícito que hace al autor inglés llamarse positivista es que postula a su teoría como una teoría descriptiva, preocupada en entender el derecho como un hecho social ("*plain facts*", como la ha llamado Dworkin) y no de valorarlo. "*Una división entre investigaciones interesadas en el análisis del derecho y los conceptos legales, y aquéllos que tienen que ver con la crítica o evaluación del derecho prima facie, parece no sólo posible sino necesaria*", escribe[30]. Este punto de vista está presente en toda su obra, aunque quizás queda especialmente claro en el *Post script* a la segunda edición de *The Concept of Law*. Hart insiste allá en que su teoría quiere ser *"descriptiva"*, *"Una empresa radicalmente diferente* –dice– *de la concepción de la teoría legal por Dworkin (o ´Jurisprudence´ como a menudo* (Dworkin*) la llama) la cual es evaluativa y justificatoria y vinculada a una cultura particular*"[31].

---

[26] *"Here we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so…"* H. Hart, *The Concept of Law*, ed.cit., pp. 185-186

[27] Idem, p. 187.

[28] W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism,* Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 86-87.

[29] Vid. H. Hart, *Positivism and The Separation*…, loc. cit. pp. 618-621.

[30] H. Hart, *Problems of the Philosophy of Law, en Essays in Jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press Oxford, 1983, pp. 109-110.

[31] H. Hart, *The Concept Of Law*, ed. cit, Post script, p. 240.

Hay que entender también que Hart, implícitamente, defiende la tesis de que sólo es derecho el puesto por los hombres, aunque no lo escriba de ese modo. Cuando Hart habla del origen social de la *regla de reconocimiento*, y a consecuencia de las fuentes que ésta reconoce[32], sin duda esta afirmando el carácter humano del derecho, algo que luego ha sido descrito por Raz como la tesis de las "fuentes sociales"[33].

El positivismo de Hart contiene otros aspectos resaltantes (por ejemplo la distinción entre normas primarias y secundarias) sobre los cuales no es pertinente detenerse aquí. Lo que es llamativo para nuestros fines son sus complicaciones específicas. La principal de ellas, o más bien la complicación general de la teoría de Hart, es que la *tesis de la separación* se muestra en conflicto con casi todas las nociones que el autor inglés utiliza. Esto ocurre con la diferenciación entre punto de vista interno y externo; con sus tesis iniciales sobre la autoridad-obligación en el derecho; con el concepto de Regla de Reconocimiento; con la tesis de la discreción judicial; y por último, inevitablemente, con el concepto de "*contenido mínimo de derecho natural",* según se verá más adelante.

Kelsen, por su lado, parece ser un positivista que se procura tal con mayor convicción. Quizás incluso con demasiada, lo que motiva que Hart le observe que en su *Teoría General del Derecho y del Estado* podría no haber lugar para una crítica moral del derecho, un "*pecado"* que –dice Hart– se imputa "*indiscriminadamente"* a todos los positivistas[34]. Kelsen muestra un interés mayor en encontrar los puntos afines de su teoría con el positivismo analítico[35], en contraste con la aparente indiferencia de Hart, quién en ningún lado de sus textos claves menciona con particular entusiasmo los trabajos de su predecesor alemán, no obstante que estos son conocidos en inglés cuando menos desde los años cuarenta[36].

El primer argumento del positivismo de Kelsen sería lo que a veces se llama el punto de vista metodológico, o la idea de un método puramente

---

[32] *"... la regla de reconocimiento – escribe Hart- no es pronunciada, sino que su existencia es mostrada en la forma en que reglas particulares son identificadas, sea por las cortes, o los oficiales, o por personas privadas o sus abogados"*. H. Hart. *The Concept of Law*, ed. cit. p. 101.

[33] J. Raz, *The Authorithy of Law*, Clarendon Press Oxford, 1979, p. 38.

[34] H. Hart, *Kelsen Visited*, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* ed.cit., p. 302.

[35] Vid. H. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, en Harvard Law Review, volume 55. Compilado en Mario Jori, *Legal Postivism*, Darmouth Publishing Company, London, 1992, pp. 44 y ss.

[36] El interés explícito de Hart por los trabajos de Kelsen se expresa en particular en dos ensayos de los años 60: "*Kelsen Visited"* (1963), y "*Kelsen´s doctrine of the Unity of the Law"* (1968), los cuales, en general no buscan puntos de contacto con la teoría kelseniana, sino puntos de divergencia.

descriptivo: *"Como teoría* –escribe Kelsen en la página inicial de su Teoría Pura– *su propósito exclusivo es conocer y describir su objeto*"[37]. Esta afirmación suena al discurso característico de las ciencias y del positivismo naturalista, al que Hart también adhiere, pero en Kelsen se cruza con alguna suerte de apriorismo neokantiano. En el fondo la "pureza" originaria de la teoría de Kelsen no proviene de su pureza descriptiva; sino de la pureza neokantiana, en el sentido de que el método construye su objeto: siendo el método *a priori*, el objeto es concebido de ese modo, aislado de antemano en sí mismo. Por ello el mundo del derecho es el de las normas puras que no dependen de otra cosa sino de *la norma hipotética fundamental*. "*La ciencia del derecho* –dice Kelsen en el característico y abstruso tono neokantiano– *se esfuerza en comprender su objeto ´legalmente´, a saber, desde el punto de vista del derecho. Comprender algo legalmente significa comprender algo como derecho, es decir, como una norma legal o como el contenido de una norma legal*"[38].

El desprendimiento sutil de la pureza neokantiana y su ubicación en una postura positivista más ortodoxa quizás se percibe en los trabajos kelsenianos de los años 40. Por ejemplo, en su *Teoría General del Derecho y del Estado* el autor está en mejores condiciones para afirmar que *"el Derecho Positivo es siempre el derecho de una comunidad", y "desde que el objetivo de la teoría general del derecho es permitir que el jurista interesado en un orden legal particular, el abogado, el juez, el legislador o el profesor, comprender y describir tan exactamente como sea posible, su propio derecho positivo; tal teoría tiene que derivar sus conceptos exclusivamente de los contenidos de las normas legales positivas… lo que no puede encontrarse en los contenidos de las normas legales positivas no puede entrar en un concepto legal"*[39]. Kelsen se ahorra el circunloquio de recurrir a una supuesta determinación *a priori* del objeto.

Kelsen también es entonces expreso en sostener que el Derecho, en sentido propio, es el derecho positivo. *"El Derecho –si por éste entendemos el derecho positivo, realmente puesto por los hombres y distinto de la moralidad, o de un derecho natural justo o correcto– es esencialmente una norma…"*[40]. *"La teoría pura del Derecho es una teoría del derecho posi-*

---

[37] *"As a theory, its exclusive purpose is to know and to describe its object"* . H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, 1967, p. 1.

[38] *"The science of law endeavors to comprehend its object "legally", namely from the viewpoint of the law. To comprehend something legally means to comprehend something as law, that is, as legal norm or as the content of a legal norm- as determined by a legal norm"*, Idem p. 70.

[39] H. Kelsen, *General Theory of Law and State,* 1945, preface, p. XIII.

[40] "*Law –whether we mean by this positive law, actually laid down by men, and distinct from morality, or a correct, just, natural law corresponding to morality- is esentially a norm"*,

tivo", dice en otro lado[41]. Y caracteriza al derecho positivo como un orden *"artificial"* de la conducta humana, una *"creación"* humana[42].

¿Cuáles son, en concordancia con su teoría, las fuentes del derecho según Kelsen? En esto el jurista de Praga tampoco quiere incurrir en una postura que reduzca el derecho a la ley, aunque en el final puede ser que esto no se logre. *"La norma básica* –escribe– *es luego la "fuente" del derecho. Pero en un sentido amplio cada norma legal es una "fuente" de otra norma, la creación de la cual regula…Cualquier norma legal superior es la "fuente" de la norma legal inferior"*[43]. Por tanto, *"la constitución es la fuente de los estatutos creados sobre la base de la Constitución; un estatuto es la "fuente" de la decisión judicial basada en éste; la decisión judicial es la "fuente" de los deberes que esta impone sobre las partes*…"[44] . De acuerdo con ello serían fuentes el acto judicial, la transacción legal con su forma típica, el contrato, y en otro lugar habla también de la costumbre jurídica[45].

Por otro lado en la *Teoría Pura* Kelsen postula la *tesis de la separación*, sobre tres argumentos principales. El primero sería salvaguardar lo que llama la "pureza del método", en el sentido neokantiano y positivista al que ya nos hemos referido. El argumento que se suma a continuación –aunque no se desprende necesariamente del primero– es que no habría posibilidad de decir qué valores morales integran el Derecho, ya que Kelsen adhiere a un relativismo axiólogico que lo hace suponer la imposibilidad de una descripción de valores universales[46]. El tercer argumento sostiene que si se admite que el Derecho es moral, entonces no habría posibilidad de una crítica moral del mismo[47]. Dice Kelsen, en relación con esto último: *"si se asume que el derecho es moral por naturaleza, presuponiendo por tanto un valor absoluto moral, no tiene sentido demandar que el derecho debe ser moral. Este postulado tiene sentido sólo (y la moralidad presupuesta representa*

H Kelsen, *The foundation of the Theory of Natural Law*, en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selected by O. Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland, 1973 p. 114.

[41] Kelsen: *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, loc. cit. p. 44.

[42] Vid. *The Idea of Natural Law*, en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selected by O. Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland, 1973, p. 30.

[43] *"The basic norm is then the "source" of law. But in a wider sense, every legal norm is a "source" of that other norm, the creation of which it regualtes… Any legal superior norm is "source" of inferior legal norm"*, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Russell and Russell, New York, 1945, p. 131.

[44] Ibid.

[45] Idem, pp. 134, 136, 140, y 34.

[46] H. Kelsen, *Pure Theory of Law,* ed.cit., p. 66.

[47] Ibidem.

un criterio para el derecho) si la posibilidad de la existencia de un derecho inmoral (sic) *es admitido…*"[48]

Tampoco el positivismo de Kelsen deja de tener problemas específicos para mantener los dogmas de los que parte. En particular se filtran en la *Teoría Pura* cuando menos los problemas de la aplicación judicial como creación, y el reconocimiento del elemento volitivo en la interpretación, los cuales favorecen el criterio de una discreción judicial amplia, y con ello se echan dudas sobre la insistencia en la separación entre derecho y moral[49]. Sin embargo, a nuestro juicio, las inconsistencias de Kelsen son lo menos atractivo de su teoría. Kelsen es más interesante por lo que tiene de riguroso (tenemos en mente en particular su teoría de las normas válidas). A diferencia de Hart que resulta más interesante no por la consistencia lograda de su teoría, sino precisamente por lo contrario, por los numerosos puntos de conflicto que contiene y la cantidad de problemas prácticos relevantes que con ello plantea.

2. El positivismo, del que hablamos

La escueta recapitulación que se ha hecho de los principales argumentos de los positivistas clásicos, llevaría a apuntar como tesis comunes al positivismo legal las siguientes:

a) ***Tesis descriptiva, o metodológica****: se trata de describir y no valorar el derecho*

Este equivaldría al primero de los tres sentidos de la palabra positivismo de los que habla Bobbio, y al que caracteriza como *"modo de aproximarse al derecho"*[50]. Si se asume que esto es así, el positivismo jurídico tendría que pasar propiamente como una actitud avalorada o "científica" frente al derecho, a la manera de cualquier actitud científica frente a cualquier objeto de conocimiento. Entonces la tesis no sería específica del positivismo, sino de cualquier corriente científica en general. Sin embargo, lo que la tesis descriptiva positivista postula –y en la explicación de Bobbio esto no es muy evidente– no pensamos que sea exactamente la aproximación neutral

---

[48] Kelsen, ibid: *"if it is assumed that law is moral by nature, then presupposing an absolute moral value, it is meaningless to demand that the law ought to be moral. Such a postulate is meaningful only (and the presupossed morality represents a yardstick for the law only), if the possibility of the existence of an inmoral law is admitted…"*

[49] Dejando de lado la tesis de la efectividad como condición de validez, que no logra coherencia con los presupuestos neokantianos que Kelsen acepta y su creencia subsecuente en que del "ser" no puede derivarse un "deber ser".

[50] N. Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. 1995, p. 42.

al derecho (sin tomar partido por cualesquiera sean los valores que éste tenga); sino *la exclusión de los valores del objeto llamado derecho*. Cuando los positivistas llevan a la práctica el *dictum* benthamiano, no parecen estar pensando en describir al derecho como lo encuentren en la realidad, con los valores –y disvalores– que éste tenga (si los tiene); sino que el descriptor metodológicamente no se interesa en tomar en cuenta los valores. El *dictum* excluye de antemano toda posibilidad de referirse a éstos desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, aun cuando el objeto pudiera implicarlos.

Kelsen, como se vio, hace esto por los argumentos del *apriorismo kantiano*, el *relativismo moral* y la *imposibilidad crítica*. Hart, según parece por que quiere ser consecuente con la disyuntiva austiniana de que una cosa es conocer y otra valorar, y quizás piensa que los valores no se pueden conocer. O porque –interesado únicamente en el Derecho como un *hecho social*– parece presuponer que los morales no son hechos sociales, o que no es un hecho que aspectos morales integran el derecho. Uno podría pensar que los positivistas, en especial los de la corriente de Hart, parecen creer que un hecho social (*fact*) es tal sólo cuando es observable o visible (más o menos al modo de los realistas escandinavos), o cuando puede ser contrastable con algún patrón exterior verificable (digamos, conductas y reglas manifiestas[51]). Y desde que la moral –o los aspectos valorativos del derecho, si los tuviera– no parecen ser verificables con nada, no constituirían por consiguiente *facts*[52].

Lo específico de la tesis descriptiva positivista legal viene a ser, entonces, un aspecto que ya fue observado en el positivismo como epistemología general. La descripción del objeto es asumida de un modo *naturalista*. Digámoslo en bruto: sólo lo que se puede medir u observar es un hecho. Lo que no tiene patrón de comparación no lo es. Esto tendría que ocurrir con los aspectos valorativos del derecho. Alguien podría sentir aquí un cierto sabor a positivismo lógico, pero no hay pruebas de que Hart, ni Kelsen adscriban concientemente a ese punto de vista.

Adicionalmente, desde el punto de vista de quién describe, el conocimiento de los hechos que conforman el derecho es asumido por los positivistas como si el sujeto –y con él toda su superestructura de valores– no tuviera ningún tipo de influencia sobre lo que se quiere describir. Las definiciones jurídicas de los positivistas no performarían en nada la realidad del derecho. Se pretenden pragmáticamente neutrales. Se cava así un abismo insalvable entre sujeto y objeto de conocimiento, más o menos a la manera en que Hart

[51] Vid. H. Hart, *The Concept of Law*, ed. cit, p. 89.

[52] Cfr. por ejemplo Raz, *The autorithy of the Law*, ed. cit., p. 42.

se imagina que son posibles un punto de vista interno y otro externo sobre el derecho, presuntamente ambos con la misma validez descriptiva.

Entonces, la motivación "científica" es entendida por el positivismo casi como "ceguera" a los aspectos valorativos. Y la tesis positivista correctamente planteada no resulta "descriptiva" a secas, sino "descriptiva de no-valores". En definitiva el positivismo no acepta que los valores sean describibles y por lo tanto deben excluirse del objeto llamado "Derecho" y de la ciencia que lo estudia. De manera que si alguien quiere llamarse positivista porque le interesa una neutralidad "científica" e imparcial en el estudio de todos los aspectos del derecho, seguramente cometería un error.

***b) Tesis del derecho "puesto**", o de las "fuentes sociales" (Raz) o tesis "social" (Coleman)*

El único derecho existente es el derecho puesto por los seres humanos[53], el cual se puede verificar por la conducta de la gente y de los oficiales.

Esta tesis no se sigue de la *tesis descriptiva de no-valores*, pero es compatible con ella, al menos parcialmente. Además esta sí es una tesis específica del positivismo, y concretamente –como se sabe– es la que permite diferenciar al *positivismo* del *iusnaturalismo*. Tanto en Austin, Kelsen y Hart, este punto de vista es defendido sin mayores matices de diferencia.

***c) Tesis de la separación**: el derecho es separable de la moral*

Tesis que debe considerarse también como específica del positivismo, aunque se discute bastante acerca de en qué nivel es constatable esa separación[54]: si a nivel factual necesario, a nivel factual contingente o a nivel conceptual. Como se vió antes, la tesis es común y es defendida por Bentham, Austin, Hart y Kelsen, aunque las razones en cada caso no son exactamente las mismas. No es, además, una tesis que se desprenda necesariamente de a) ni de b), y bajo ciertas condiciones podría ser, más bien, incompatible con ambas. El que haya que describir el derecho no significa que haya que dejar de lado sus aspectos valorativos. Y el que el derecho sea obra humana no quiere decir de por sí que sea obra amoral u obra separada de la moral. Lo contrario tendría que ser más verdadero; salvo que se asuma que las sociedades construyen instituciones sin ninguna finalidad, o con alguna intención maléfica.

---

[53] Idem, p. 38. En opinión de Raz ésta sería la tesis positivista fundamental, a la que se debe precisamente el nombre de "positivismo".

[54] Vid, Klaus Füber, *Farewell to Legal Positivism*, en *The Autonomy of the Law*, edited by Rober P. George, Clarendon Press Oxford, 1996.

d) Tesis de la discreción judicial

El reconocimiento de la discreción judicial está presente tanto en Kelsen, como en Hart. En el primero de modo declarado cuando postula el cáracter creador de la aplicación e interpretación del derecho. En el segundo quizás más bien de modo reticente. Hart habla de discreción "intersticial" y, aunque acepta que hay penumbra en el lenguaje del derecho, sostiene que las *"elecciones en la penumbra"* se dan dentro de las "*líneas"* que controlan las decisiones de las cortes[55]. Este criterio resulta compatible con la tesis de las fuentes sociales, aunque no derivable directamente de ella. En cambio no es una conclusión que se desprenda de la tesis de la separación, y tampoco es compatible con ésta. Por el contrario es una tesis que tiene potencial contradictorio y destructivo dentro de la teoría positivista, en tanto deja abierto el campo para el ingreso de los valores, a través de las decisiones de los jueces.

Esta observación afecta sobre todo a Kelsen. Al profesor austriaco parece no haberle preocupado mucho eso, y su "dinámica" jurídica es apta a reconocer los espacios de creación libre por el juez. En cambio para Hart fue un permanente dolor de cabeza, como de algún modo lo fueron también sus otras tesis; conflictos que Hart intentó resolver, finalmente, por alguna forma *de positivismo inclusivo* que él acepta al precio de poner en tela de juicio, en forma velada, al dogma de la separación. Pensamos que aunque algunos positivistas defienden la tesis de la discreción[56], el positivismo como teoría no tiene aptitud para sostener ello.

e) Tesis del derecho estatal

Este criterio lo usa Bobbio para caracterizar al positivismo en tanto "teoría" (el segundo modo de entender el positivismo según el ilustre profesor italiano[57]) y supone que el derecho sería ante todo derecho estatal. Un punto de vista semejante, no parece haber sido suscrito especialmente por todos los positivistas. Al menos no por Hart, y por Kelsen quizás sólo en tanto habla del estado en un sentido amplio, aunque puede estimarse que late implícito en las teorías de ambos. Bobbio tiene, sin embargo, razón en que

---

[55] El texto literal de lo que dice Hart es el siguiente: *"...to insist on the utilitarian distinction is to emphasize that the hard core of settled meaning is law in some centrally important sense and that even if there are borderlines, there must first be lines(sic). If this were not so the notion of rules controlling courts´ decisions would be senseless as some of the realists...claimed"* H. Hart, *Positivism and the separation of Law and Morals*, loc. cit. p. 614.

[56] Cfr. L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara S.A., México D.F., p. 14.

[57] Vid. N. Bobbio, op. cit., p. 43 y ss.

finalmente, a la luz de los hechos, en las sociedades actuales el positivismo ha devenido en la teoría (ideología) del derecho estatal. Ha apuntalado el monopolio de la producción del derecho por el estado-aparato, vía a través de la cual el paso al legalismo como ideología es casi imperceptible, aunque Bobbio no cree que haya conexión entre ambos extremos[58]. En cualquier caso, se trataría de una tesis sociológica, y no pensamos que pueda usarse para caracterizar al positivismo en tanto teoría jurídica.

f) Tesis del derecho como organización de la fuerza.

En Kelsen esta tesis se halla presente, quizás incluso en Hobbes[59]. En Hart esto no es tan exacto, ni siquiera en el sentido de afirmar el carácter coactivo como definitorio del derecho, desde que Hart parece pensar que las sanciones gozan de una condición semejante a la que tendría la moral en el Derecho, y no termina de aclarar si esa vinculación es necesaria y con qué intensidad lo es[60]. Podría ser un planteamiento compatible con la tesis social, y quizás con la tesis de la separación (siempre que se asuma que el derecho es una organización amoral de la fuerza). En cualquier caso ninguno de los autores positivistas lo plantea de ese modo. La reflexión sobre el derecho positivo como organización de la fuerza no constituye un punto de referencia central de la obra hartiana, y finalmente tampoco de Kelsen, más allá de las reflexiones generales que se contienen en la obra de este autor[61]. La tesis así planteada parece más propia de la tradición marxista, y por ello pensamos que no se vincula a las tesis positivistas básicas, ni es una consecuencia necesaria de ellas.

Resumiendo todo lo dicho, es posible sostener que las tesis centrales y definitorias del positivismo jurídico como tal son tres: 1) la *tesis descriptiva de no-valores*[62], 2) la tesis de las *fuentes sociales*, y 3) la Tesis de la *separación.* El resto de afirmaciones comentadas pueden ponerse en el margen,

---

[58] Cfr. Idem, p. 40.

[59] *"Positive law is essentially an order of coercion…"* dice Kelsen, *Natural Law Doctrine and Legal Positivism.* En *General Theory of Law and State*, ed.cit., Appendix, p. 392.

[60] *"The connection between law and moral standards and principles of justice is therefore as little arbitrary and as "necessary" as the connection between law and sanctions, and the pursuit of the question whether this neccesity is logical (part of the "meaning" of the law) or merely factual or causal can safely be left as an innocent pastime for philosophers*", H. Hart, *Positivism and Separation*…, loc. cit. p. 622.

[61] Cfr. Oscar Córreas, *Critica de la Ideología Jurídica*, UNAM, 1993, p. 54.

[62] Desde la pretensión positivista ésta tendría que ser la tesis de la descripción en el sentido de neutralidad a los valores (el jurista no toma partida por ningún valor) . Sin embargo, de la manera en que la entienden, según se dijo antes, la tesis equivale más bien a no describir valores (que es algo distinto a no tomar partido por alguno de ellos), y por ello preferimos denominarla como *tesis descriptiva de no-valores.*

sea porque los positivistas clásicos no las postulan distintivamente (caso de la *tesis del derecho estatal*), porque no son puntos de vista originales del positivismo (tesis *metodológico científica*, y tesis del *derecho como organización de la fuerza*), o porque son claramente incompatibles con los dogmas de partida (*tesis de la discreción*[63]).

Con ligeras variantes (sobre todo en relación a la formulación de la primera), estas tres tesis configuran la imagen de positivismo que se acepta generalmente entre los autores. Coleman y Leiter, por ejemplo, sostienen que todos los positivistas comparten la "tesis social" y la tesis de la "separabilidad"[64]. Raz habla por su lado de la tesis "reductivo semántica", de la "conexión contingente" derecho moral, y de la tesis de las "fuentes"[65]. Y Calsamiglia ha afirmado más recientemente que "*el positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho, y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política*"[66].

Hart, en una nota a pie de página a su ensayo de 1958, sugiere también que estos tres serían los argumentos de mayor consenso entre los positivistas. Hay cinco significados asociados con el positivismo, escribe: a) leyes como mandatos de los seres humanos; b) la no conexión necesaria entre derecho y moral; c) la afirmación de que el estudio de los conceptos legales es valioso en sí mismo y es diferente de las investigaciones históricas o sociológicas, así como de la apreciación del derecho en términos morales, sociales o de otra clase (en otros términos, el derecho tiene objeto propio, y describir es diferente a valorar); d) el argumento de que el derecho es un sistema lógico cerrado; e) el argumento de que los juicios morales no pueden ser establecidos por medios cognitivos[67]. De esos cinco significados, Hart sostiene que Bentham y Austin (y hay que entender que, por consiguiente,

---

[63] Lo contrario sería optar por la tesis de la discreción y descartar la tesis de la separación. Pero esta opción, aparte de que no corresponde al orden histórico de fundamentación, resultaría menos positivista que la que optamos.

[64] J. Coleman, B. Leiter, *Legal Positivism*, en *A Companion to philosophy of Law*, edited by Dennis Paterson, Blackwell Publishers, Great Britain, 1999, p. 241.

[65] J. Raz, *The Purity of The Pure Theory,* en Mario Jori, *Legal Positivism*, ed. cit., p. 81. Sin embargo, como el propio Raz dice, la tesis "reductivo semántica"(en el sentido de que los enunciados del derecho no serían normativos sino descriptivos), no es aceptada por Kelsen, p. 82.

[66] A. Calsamiglia, *Postpositivismo*, en DOXA, 21-I, (Edición virtual), Alicante, 1998, p. 210. Véase también, Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo,* Distribuciones Fontamara, México D.F., 1997, p. 13. Y Tom Campbell, quién mantiene que son tres las tesis claves del positivismo: la tesis de la separación, la de los orígenes históricos e institucionales de las leyes (tesis social), y la del lugar central de las reglas en el sistema, *Legal Positivism*, ed. cit. *Introduction.*

[67] H. Hart, *Positivism and The Separation…,* loc.cit, pp. 601-602.

él también) aceptan los tres primeros[68], pero no los restantes. Por otro lado descarta enfáticamente que algún jurista analítico haya defendido la tesis del orden lógico cerrado[69].

Ahora bien, de las tres tesis que asumimos como comunes y definitorias del positivismo, la primera (la *tesis descriptiva*) es entendida de un modo parcialmente descriptiva por los positivistas, como ya se dijo, lo que equivale a decir que la tesis es inconsecuentemente desplegada en la práctica, desde que los positivistas se niegan a describir (aunque sea neutralmente) los aspectos valorativos que –en los hechos– el derecho incorpora.

La segunda, la *tesis de las fuentes sociales*, es una afirmación evidente. Se podría decir incluso que ahora es una verdad de perogrullo, en el sentido de que, en la práctica, el derecho no es reconocible como tal, al margen de una decisión humana autorizada. Lo que no quiere decir, por cierto, que las razones para constituir el derecho sean meramente convencionales, o dependan del arbitrio del agente. Creemos justificado pensar que esta es la gran conquista del positivismo jurídico, su tesis principal como indica Raz, y además –adelantando la conclusión que surgirá de los párrafos que continúan– su única tesis exitosa.

La tercera tesis, la más defendida por los positivistas, la de la *separación entre derecho y moral*, presenta en verdad muchos problemas. Se diría que demasiados, lo que pensamos puede evidenciarse mejor de las discusiones que prosiguen.

3. Ironías

El derecho que "es"

Hart insiste en que el derecho sólo puede estudiarse como un hecho social (*fact)*. Pero al parecer las orientaciones sustantivo-valotarivas (de diferente grado, tipo, o significado) que han formado y forman parte de todos los órdenes jurídicos (no hay orden jurídico sin alguna sustancia), no serían un *fact*. ¿Por qué descriptivamente la teoría no habría de dar cuenta de las valoraciones que "de hecho" el derecho tiene? Se podría responder que el aspecto valorativo –si bien está unido al derecho– convencionalmente es mejor dejarlo fuera del objeto de estudio llamado *derecho*, como los positivistas hacen, pero ésa no es la única alternativa. Se podría proponer también lo contrario: la necesidad de incluir los valores en el objeto de estudio, desde que el argumento positivista fracciona bruscamente aspectos de un hecho ("forma"

[68] La tesis c) puede verse en la exposición de Hart, como otro modo de expresar lo que aquí hemos llamado la "tesis descriptiva de no-valores".

[69] Ibidem.

y "contenido") que algunos considerarían indisoluble; lo que, además, podría no ser lo más conveniente para los fines de una buena convivencia reglada.

Partiendo de la circunstancia verificable de que el derecho no opera en ningún caso sin algún referente sustantivo, se podría decir también, en otra opción, algo como *"Muy bien, el derecho está unido a valores, pero no consiste distintivamente en valores, sino en compulsoriedad*". O en otra alternativa: *"Muy bien, el derecho está unido a valores, pero no a un valor en particular, sino a algún valor que valga para cada comunidad*" (como parecía pensar Recaséns Siches, por ejemplo), o *"está unido a múltiples valores*", etc. De la circunstancia de que puedan haber muchos valores conectados en el derecho, no resulta inevitable que se tenga que dar el salto contraintuitivo a sostener que el objeto *derecho* es separable de toda valoración.

Pero, por otro lado, ¿qué es, concretamente, el derecho positivo más allá de decir que es el "derecho puesto por los hombres"? Todos los clásicos, según se vió, son abiertos a reconocer que en última instancia derecho no es únicamente el contenido en las leyes; sino también el que proviene de las decisiones judiciales, y aun de la costumbre jurídica. Sin duda es por ello que tanto la costumbre como la judicatura son admitidas como "fuentes" del derecho. Pero si esto es así, la exclusión de los valores se debilita. Tengamos en cuenta que las costumbres jurídicas existen fuertemente dependientes de las valoraciones reiteradas que se practican en una comunidad, y cuando se reconocen como derecho, esto ocurre precisamente por su contenido. Además las decisiones judiciales son fuente no sólo cuando son *isomórficas* (en el sentido de Wróblewsky*)* sino también –y sobre todo– cuando son *creativas*. Y son creativas cuando apelan a valoraciones no explícitas en el sistema normativo pre-constituido. Lo jurídico no puede ***constituirse*** sin alguna referencia sustantiva.

En otros términos, sostener que el derecho es lo que dicen sus fuentes, no excluye que las fuentes operen con valores. Para afirmar que el derecho no implica valor alguno (moral, político, o del tipo que fuese), primero habría que demostrar que no hay valores en las fuentes sociales: ni en la ley, ni en la costumbre, ni en las decisiones de los jueces. Y esto es algo que los positivistas no han hecho, y que parece implausible que pueda hacerse.

Füber ha hecho notar también, por otro lado, que al sostener que la definición del derecho no requiere de referente sustantivo alguno, el descriptivismo positivista incurre paradójicamente en convencionalismo, de acuerdo con él cual cualquier cosa que estipulen las fuentes podría ser derecho[70].

---

[70] Vid. Klaus Füber, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling, en The Autonomy of the Law*, edited by Robert P. George, Clarendon Press Oxford, 1996, pp. 126-127.

El concepto de derecho no requeriría de referente sustantivo identificable, algo que, además, otros autores (iusnaturalistas) consideran imposible de sostener a partir del análisis de conceptos jurídicos usuales como "malicia", "contrato válido", "igual trato", "debido proceso", etc.[71]

La Separación

La primera complicación de la tesis hartiana de la separación fuerte derecho– moral[72] (separación descriptiva) proviene de que ésta se vé afectada por la distinción entre *punto de vista interno* y *punto de vista externo*. *"Cuando un grupo social* –dice Hart– *tiene ciertas reglas de conducta, este hecho ofrece una oportunidad para varias clases de afirmaciones estrechamente relacionadas. Es posible interesarse en las reglas, sea simplemente como un observador que no acepta para sí mismo aquéllas, o como un miembro del grupo que acepta y usa las reglas como guía de conducta. Podemos llamar a estos el punto de vista "externo" e "interno", respectivamente*"[73].

Claramente el reconocer que desde el punto de vista interno el derecho opera como "guía de conducta" por que es "aceptado" por los participantes, implica reconocer que contiene algún punto de vista valorativo. De otro modo es poco probable que los participantes encontrarían justificado asumirlo como "guía"[74]. Eso quiere decir que, cuando menos desde el punto de vista interno, la tesis de la separación no se sostiene incólume; de tal modo que se podría pensar que el ocaso de la tesis positivista de la separación comienza precisamente en el punto de vista interno[75].

El profesor tampoco explica por qué considera que el punto de vista externo es tan legítimo o aceptable en la misma jerarquía que el punto de vista

---

[71] Cfr. Brian Bix, *Natural Law Theory,* en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,* Blackwell Publishers, 1999, UK, p. 238.

[72] Hay que destacar que estas dificultades se le presentan a Hart por su preocupación en acercarse mejor al derecho socialmente existente. Kelsen, en cambio, no parece muy interesado en esto, y se contenta con definir las normas, la norma fundamental, la validez, y la autoridad de modo formal. Y cuando postula la tesis de la libre creación judicial se desentiende de cualquier consecuencia teórica que ello pudiera acarrear.

[73] *"When a social group has a certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the "external" and the "internal" points of view. Statements made from the external point of view may themselves be of different kinds …*", H. Hart, *The Concept of Law,* ed.cit., p. 89.

[74] En el mismo sentido, Sebastián Urbina, *Reason, Democracy, Society*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, 199, p. 57. Cfr. También, L. Prieto S., op. cit. pp. 53 y ss.; F. Laporta, *Entre el Derecho y la Moral*, Distribuciones Fontamara S.A., México D.F., 1995, pp. 37 y ss.

[75] Véase también, Goldsworhty, *The Self-Destruction of Legal Positivism*, en Oxford Journal of Legal Studies, Volume 10, Oxford University Press, 1990, p. 452.

interno para entender el derecho[76], y por qué al final, en el contexto de su obra, privilegia el punto de vista externo –y no el de los participantes– para definir o "elucidar" el derecho, como él dice.

La autoridad del derecho

La segunda complicación hartiana proviene de la tesis sobre la autoridad y la obligación de obedecer el derecho. En su teoría existe una ambigüedad crucial que ya ha sido evidenciada por otros autores[77]. Hart parte de marcar diferencia con los imperativos austinianos, señalando que la autoridad del derecho no puede provenir de la voluntad de quién manda. La autoridad del derecho depende de su aceptación[78], y concretamente, de su aceptación desde el punto de vista interno, al menos por los operadores del derecho, si no por los ciudadanos[79]. Esto define precisamente el contenido *normativo* del derecho, que, de otro modo se reduciría a pura voluntad psicológica, o a un mandato. Entonces, la autoridad presupone también algún tipo de reconocimiento valorativo –y, hay que decir, moral en algún sentido– por los participantes.

Hart trata de eludir estas consecuencias de su razonamiento, recurriendo al argumento de que la aceptación puede fundarse en otras consideraciones: "cálculos de interés de largo plazo", "interés desinteresado en los demás", "imitación irreflexiva de conductas tradicionales", o "el simple deseo de hacer lo que hacen otros"[80]. Pero entonces surge la duda si con esto Hart no está confundiendo los motivos de un individuo para comportarse de una cierta manera, con los motivos para aceptar la autoridad del derecho en cuanto tal. Como dice Raz *"uno no puede aducir las preferencias de uno, o el auto interés de uno, por sí mismos, como justificación para sostener que las otras personas deben, o tienen un deber de actuar en una cierta manera. Reclamar que otro tiene que actuar en mi interés es normalmente hacer un*

---

[76] Que el externo no es un punto de vista tan legítimo ni tan acertado –en tanto no toma en cuenta las razones valorativas de los participantes– se evidencia cuando los autores positivistas –Raz en primer término, y luego Hart y MacCormick–, sugieren que se necesita un tercer punto de vista, que sería el de aquél que –por propósitos "heurísticos"– adopta el punto de vista interno pero sin un compromiso genuino con éste. Ver Goldsworhty, loc. cit. p. 450.

[77] Véase por ejemplo, Francisco Laporta, *Entre el Derecho y la Moral*, ed. cit. 37-38. S. Urbina, op. cit. p. 34.

[78] *"... it is true that the coercive power of law presupposes its accepted autorithy.",* H. Hart*, The concept of Law,* ed. cit., p. 203.

[79] Vid. Jeffrey Goldsworhty, loc. cit., p. 450. También Michael Bayles, quién indica que la Regla de Reconocimiento hartiana dependería: a) de la obediencia general de los ciudadanos, b) aceptación por los oficiales (por motivos de respeto), *Hart´s Legal Philosophy, An Examination*, Kluwer, Netherlands, 1992, pp. 72-73).

[80] Citado por Goldsworthy, loc. cit. p. 454.

reclamo moral acerca de sus obligaciones morales"[81]. En otras palabras, la autoridad (y el deber de obediencia) del derecho no pueden lograr aceptación universal sobre la base del auto-interés. Motivaciones utilitarias (no morales) no logran servir de base para exigir obediencia general al derecho, lo que no impide que el individuo pueda comportarse de maneras utilitarias en su vida privada.

Los seguidores de Hart han tratado de salvar esta dificultad de diversas maneras. Raz escoge la vía de separar "autoridad" de "aceptación moral", y sostiene que la primera proviene de la función de coordinación de la vida social que el derecho cumple[82], en tanto que la segunda operaría en el plano interno. De este modo se tendría una situación en la que los participantes serían capaces de aceptar moralmente reglas sin contenido moral[83]. Coleman y Leiter sugieren que hay que distinguir dos autoridades: la de la Regla de Reconocimiento, que no proviene del punto de vista interno sino de la existencia de "conductas convergentes", y la de las reglas subordinadas a ésta cuya autoridad dependería de ser originadas en una fuente[84]. Schauer al observar que todo esto es, ciertamente, problemático para el positivismo, prefiere pensar que no hay un problema de autoridad para dar una respuesta positivista al concepto de Derecho. *"... algo puede ser derecho y no tener autoridad"* escribe[85]. Schauer "adelgaza" el positivismo para mantener su teoría indemne de moral, de manera análoga a cuando Raz se da cuenta que el positivismo no satisface las necesidades del razonamiento legal ("adjudicación"), prefiere creer que los problemas de la adjudicación no conciernen a la teoría del derecho[86].

La Regla de Reconocimiento

La tercera complicación proviene de la Regla de Reconocimiento. Se ha dicho que el concepto de *Regla de Reconocimiento* (RR) es más afortunado que el de *norma fundamental* en Kelsen, porque significa una aproximación social y no apriorística al derecho. Y esto puede tenerse como cierto; aunque, por otro lado, siempre resulta difícil distinguir en qué consiste la regla de reconocimiento y en qué consisten las fuentes del derecho.

---

[81] Citado por Goldsworthy, Idem, p. 455.

[82] Idem, p. 461.

[83] Idem, p. 463.

[84] J. Coleman, B. Leiter, op. cit, pp. 253, 258.

[85] Frederick Schauer, *Positivism Trough Thick and Thin*, en *Legal Positivism*, Tom Campbell editor, ed. cit, p. 72.

[86] Vid. Goldsworhty, loc. cit. pp. 474-475.

Tampoco RR constituye de por sí una fórmula que excluya referencias morales. Esto es latente ya en la primera edición del texto clásico de Hart: *"Dondequiera que una regla de reconocimiento sea aceptada, ciudadanos y oficiales de justicia son provistos con un criterio autoritativo para identificar las reglas primarias de obligación. El criterio previsto puede –como se ha visto– tomar una o más variedades de formas: éstas incluyen referencia a un texto autoritativo, disposiciones legislativas, costumbres prácticas; hasta declaraciones general de personas especificadas, o decisiones judiciales pasadas en casos particulares...*"[87]. Ya antes se ha dicho que fuentes como la costumbre, las decisiones judiciales, o incluso las decisiones legislativas no excluyen presupuestos morales, y de acuerdo con Hart, nada impediría que esta moralidad sea reconocida como derecho por alguna regla de reconocimiento.

En la segunda edición de *The Concept of Law*, esta conclusión se explicita de mejor modo: *"...la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio de validez legal, conformidad con los principios morales o valores sustantivos; mi doctrina es lo que se ha llamado "soft positivism"*[88]. Éste es un punto de vista común al llamado "positivismo inclusivo" (que según Waluchow sería compatible además de Hart, con Austin y Bentam) y al "incorporacionismo" de Coleman. Según este último autor *"la regla de reconocimiento en una particular comunidad acepta, en efecto, que ciertas normas son derecho siempre que ellos satisfagan las demandas de justicia, o que ellas no pueden ser derecho...*"[89]. Y según Waluchow, el positivismo legal inclusivo acepta que *"principios y valores morales cuenten entre los posibles fundamentos que un sistema legal puede aceptar para determinar la existencia y contenido de las leyes válidas. Como ejemplo, uno puede considerar la posibilidad de que una regla de reconocimiento de un sistema legal, podría contener explícitamente un* ***test o criterio moral*** (énfasis nuestro) *para la validez legal de la legislación parlamentaria o del congreso. Si es posible para la regla de reconocimiento contener tal criterio, luego la*

---

[87] "*Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation. The criteria so provided may, as we have seen, take any or more of variety of forms: these include reference to an authoritative text; to legislative enactment; to customary practice; to general declarations of especified persons, or to past judicial decisions in particular cases.."* H. Hart, *The Concept of Law*, ed.cit., p. 100.

[88] *"... the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values; so my doctrine is what has been called ´soft positivism´"* Idem, p. 250.

[89] J. Coleman, B. Leiter, loc. cit. p. 251.

validez del derecho puede en algunas ocasiones no ser determinada sólo por su pedigree, es decir por la manera de su adopción"[90].

Pero entonces ¿por qué decir *a priori* que el derecho es separable de cualquier valor? El positivismo no tendría por qué afirmar la separación desde el comienzo. Desde el punto de vista positivista, más exacto sería decir algo como: *"el derecho es un sistema de reglas válidas cuyo contenido –moral o no– depende de la regla de reconocimiento"*. RR se amplía tanto que finalmente derecho puede ser cualquier norma socialmente aceptada como tal (si ello es posible). *"En el extremo* –dice por otro lado Schauer– … *un sistema legal con una sola norma legislativa promulgada –"sé moral"– contaría como un sistema legal positivo tan luego como el reconocimiento de esta norma como norma legal, no requiere recurrir a criterios morales"*[91]. En otros términos: el derecho es, lo que la regla de reconocimiento dice que es.

Uno se pregunta si todo esto no equivale a la tautológica afirmación de que "es derecho cualquier norma que la sociedad reconoce como tal". Después de lo cual la tarea para esclarecer qué sea derecho sigue por supuesto pendiente. RR no tiene contenidos específicos de reconocimiento. RR podría contener criterios técnicos, morales, políticos, inicuos, u otros. ¿Qué es, entonces, la Regla de Reconocimiento? ¿Es realmente algo distinto a una entelequia?

Si se aceptan los criterios inclusivos, y el Derecho puede ser cualquier compulsión reconocida por la regla de reconocimiento, Hart no tendría cómo refutar a Austin ¿Por qué no podrían ser derecho los imperativos? Por el ejemplo de los bandidos, podría responderse ¿Y el ejemplo de las dictaduras? ¿Por qué éstas sí tendrían que ser derecho? Y desde luego la teoría de Hart tampoco tendría que descartar que el Derecho fuese moral, porque podría llegar un momento en que lo moral, o lo sustantivo, fuese lo intrínsecamente distintivo del Derecho, de acuerdo con la regla de reconocimiento de algún lugar, ¿como el Irán de Khomeini por ejemplo?

Lo que es más claro es que a estas alturas ya nos hallamos bastante lejos de la tesis de la separación. Llevada a sus últimas consecuencias la tesis de

---

[90] *"Which we have called inclusive legal postivism, moral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existence and content of valid laws. As an example, one might consider the possibility that a legal system´s rule(s) of recognition could contain explicitly moral test or criteria for the legal validity of Congressional or Parliamentary Legislation. If it is possible for the rule of recognition to contain such criteria, then a law´s validity might on some ocassion not be determined by its pedigree alone, that is, by the fact and manner of its adoption*", W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism,* ed. cit., p. 82.

[91] F. Schauer, loc. cit., p. 194. El autor no llega a interrogarse qué pasa si la única norma promulgada fuese *"sé inmoral*": ¿RR (es decir, los operadores del derecho) reconocerían a ésta como norma legal?

la Regla de Reconocimiento, por Hart y los inclusivos, autodestruye cuando menos la tesis de la separación. Y por ello, no ha de faltarle razón a Dworkin cuando considera que operaciones como las que practican los inclusivos son ilegítimas, y sin duda, autodestructivas, en el marco del positivismo y su dogma fundamental. No es que sean indeseables, todo lo contrario. Podría aceptarse que son un paso adelante en el entendimiento de lo jurídico; lo que pasa es que no exhiben consistencia dentro de las explicaciones que dan los positivistas.

La teoría de la Regla de Reconocimiento también ha sido atacada por su circularidad: RR se identifica por la práctica de los oficiales; los oficiales se identifican por las normas secundarias que confieren poderes y éstas, a su vez por la Regla de Reconocimiento. Ciertamente, puede aceptarse como lo recuerdan Atienza y Ruiz Manero, que la circularidad es inevitable en todo sistema autoreferente[92] (la construcción y diferenciación de componentes es mutuamente interdependiente) . Lo que resulta menos claro es cómo, en esas condiciones, puede RR constituir una verdadera regla de "reconocimiento". En todo caso habría que entender que sería una regla de *reconocimiento a posteriori*, dado que la identificacion de las normas válidas la hace después y de acuerdo con los criterios que seleccionen los operadores. A ratos parece que Hart y sus seguidores piensan el proceso como si los jueces, al momento de decidir, no partiesen directamente de las normas aplicables al caso, sino que harían algo como verificar primero "qué es lo qué dice la regla de reconocimiento", después de lo cual recién procederían a seleccionar las normas válidas a aplicar de acuerdo con los criterios que RR conceda[93]. Quizás esto no sea exactamente lo que ocurre en la práctica. Cuando los jueces deciden, parten de identificar las normas concretas relevantes para el caso, y si no existen las crean, sin que sientan la necesidad de investigar qué es lo que permite, o no, una tal Regla de Reconocimiento. Salvo que por ésta se entienda concretamente a una Constitución, o un artículo constitucional que estipula las fuentes jurídicas vinculantes. Pero en tal supuesto, la noción de regla de reconocimiento resultaría perfectamente prescindible[94].

---

[92] Cfr. M. Atienza, J. Ruiz M., *Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1998, p. 81).

[93] H. Hart, *The Concept of Law*, p. 100 *"decir que una determinada regla es válida es reconocer que supera todas las pruebas establecidas por la regla de reconocimiento, ypor tanto como una regla del sistema. Podemos decir sencillamente que el enunciado de que una regla concreta es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento*", en Robles, p. 398).

[94] En el mismo sentido Gregorio Robles, *Hart: Algunos Puntos Críticos*, en DOXA, No. 21-II, Alicante, 1998, edición virtual, p. 398, quién considera que la teoría de la regla de reconocimiento es un pesado "yugo" de la norma fundamental kelseniana, de la que Hart no

El contenido mínimo de derecho natural

El cuarto dardo hartiano contra la tesis de la separación proviene del llamado *contenido mínimo de derecho natural* y la *regla de la justicia formal*. En este caso se trata de un conflicto abierto, desde que Hart acepta expresamente que, a nivel del derecho como sistema, ha de haber algún tipo de conexión "necesaria" entre derecho y moral. *"La conexión entre derecho y estándares morales y principios de justicia* –escribe– *es por tanto tan poco arbitraria y tan "necesaria" como la conexión entre derecho y sanción, y responder a la cuestión de si esta necesidad es lógica (parte del "significado" del derecho) o simplemente factual o causal, puede ser dejada como un inocente pasatiempo de los filósofos*"[95]. En otro lado, reconoce también que en la administración del derecho es inevitable proceder de acuerdo con la regla de justicia formal (tratar igual los casos iguales)[96].

Esa vinculación derecho-moral vendría dada por un *"contenido mínimo de derecho natural",* cuyo contenido valorativo Hart quiere atenuar al tratar de identificarlo con un conjunto de características utilitarias que se desprenden de las necesidades de supervivencia. Sin embargo, autores como Urbina han observado que resulta difícil evitar que esas características de la supervivencia "natural" puedan derivar en criterios morales[97].

4. Falacias

Una de las primeras falacias (sustantiva en este caso) en las que incurre el positivismo es pretender que se puede dar una imagen puramente descriptiva del derecho, sin comprometer el punto de vista del observador; sin aceptar que "describir", con particular fuerza en materia social, es en alguna medida, "constituir" algo. Las teorías jurídicas no sólo describen sino que, de algún modo, proponen, performan la construcción del derecho. Ésta es una crítica que alcanza, en general a todo el positivismo como escuela epistemológica, y forma parte de los clásicos argumentos esgrimidos contra el positivismo por corrientes como la *teoría crítica*, el *racionalismo crítico*, y

logra desprenderse. Y ello parece ser así desde que Hart dice *que "Kelsen y muchos teóricos modernos insisten en que,como a nivel estatal, el derecho internacional posee y de hecho debe poseer una "norma básica", o lo que nosotros hemos llamado una regla de reconocimiento (sic), en referencia a la cual, la validez de las otras reglas del sistema es evaluada"*, H. Hart. *The Concept of Law*, ed.cit. p. 233.

[95] H. Hart, *Postivism and The Separation of Law and Morals,* loc. cit. p. 622.

[96] Idem, p. 624.

[97] Sebastián Urbina, op. cit. pp. 48, 49. Recordemos también, a propósito, que ahora se toma más en serio la idea de que los derechos se desprenden, finalmente de las necesidades. Cfr. Ruth Zimmerling, *Necesidades Básicas y Relativismo Moral*, en *El Concepto de Influencia y Otros Ensayos*, Fontamara S.A., México D.F., 1993, pp. 67 y ss.

el *realismo científico*[98]. Un punto de vista coincidente es acuñado por Urbina cuando indica que *"no hay descripciones neutrales sino selectivas, que evalúan como "adecuado" o "relevante" ciertos elementos o vistas para una "propia" descripción*"[99].

De tal manera que la posibilidad de que un observador externo pueda ofrecer una imagen plena del derecho, sin ser afectado ni afectar los juegos semánticos de los participantes, es extraordinariamente rara.

Además es poco convincente que una descripción de lo social sea completa, si quién describe no se ubica dentro de los significados que los actores sociales comparten. Como ha escrito Finnis, entre otros:

"... el desarrollo de la jurisprudencia moderna sugiere, y las reflexiones sobre la metodología de cualquier ciencia social confirman, que un teórico no puede dar una descripción teórica y un análisis de los hechos sociales, a menos que él participe en el trabajo de evaluación, de comprensión de lo que es realmente bueno para los seres humanos, y de lo que es realmente requerido por la razonabilidad práctica".[100]

Un observador externo que no está dentro de la comunidad, y que no ve las razones sustantivas por las cuáles los participantes aceptan el derecho, en realidad no ve todavía gran cosa. Si se queda allí, diríamos que es un mal observador. De esto ya se previene Hart cuando sugiere que la investigación del observador puede variar "después de un tiempo"[101]. Pero en lugar de señalar que el proceso de aproximación al hecho jurídico, puede avanzar desde quién en el comienzo sólo ve movimientos exteriores (conductas y códigos escritos), hasta quién logra ubicarse y comprender la semántica de los participantes (punto de vista interno), Hart postula que ambos son dos puntos de vista distintos e igualmente legítimos para entender el Derecho. Además, cree que es más conveniente definir a éste desde el punto de vista del "observador" externo, que es justamente quién todavía no logra "ver" todo del fenómeno.

El observador externo de Hart que contempla el orden *jurídico "sin aceptar las razones de los participantes"*, en realidad no es alguien que "no acepta", sino alguien que no "ve" las razones sustantivas que los participan-

---

[98] Vid. Norman Stockman, *Antipositivist Theories of the Sciences*, D. Reidel Publishing Company, Netherlands, 1983.

[99] S. Urbina, op. cit. p. 39.

[100] *"... the development of modern jurisprudence suggests, and reflections on the methodology of any social science confirmns, that a theorist cannot give a theoretical despcription and analysis of social facts, unless he also participates in the work of evaluation, of understanding what is realyy good for human persons, and what is really required by practical reasobleness*", John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press Oxford, 1980, p. 3.

[101] H. Hart, *The concept of Law*, ed.cit, p. 889.

tes –y en especial los jueces– tienen en cuenta para considerar algo como Derecho. Por otra parte, al suponer que puede definirse el Derecho con independencia del contenido aceptado por los participantes, Hart está implicitando (normativamente) la posibilidad de contenidos jurídicos injustos, autocráticos, o incluso contrarios a las preferencias de la gente. Una postura que difícilmente puede considerarse valorativamente neutral, sino, en todo caso, valorativamente perversa. Si ello es así, la conclusión inevitable que se sigue es que la distinción hartiana entre punto de vista interno y punto de vista externo es equívoca, o cuando menos artificiosa, o cuando menos superflua[102].

La segunda falacia del positivismo es la que llamaremos "falacia analítica". Aquí interesa destacar un conjunto de problemas de *non sequitur* que concurren, a nuestro juicio, tanto por el lado de Kelsen, como por el de Austin-Hart.

Cuando Kelsen dice que el propósito de su teoría es *"conocer y describir su objeto",* debería entenderse que su descripción es "avalorada", en el sentido de que el investigador no toma partido ni a favor ni en contra, de lo que encuentra. Sin embargo lo que Kelsen implica, como ya se ha advertido antes, es que el investigador de antemano no se propone describir los valores que pudieran estar, o no, imbricados en su objeto. El positivismo de Kelsen confunde la meta de una descripción "avalorada" con la conclusión anticipada de que el derecho no tiene valores. De la misma manera que Hart, cuando dice que el observador externo observa "sin aceptar", lo que implica en verdad no es que el observador "no acepta", sino que el observador "no toma en cuenta", o "no describe" los valores. Porque, sin duda, se pueden describir los valores que una comunidad postula, aun cuando no se muestre interés explícito a favor o en contra de ellos. Hart parece confundir el "no compartir" con el "no describir", lo que claramente son cosas distintas. Un positivismo que quisiera ser consecuente con una motivación científica desinteresada, no debería tener problemas para avanzar a una descripción de las valoraciones que se implican en el derecho, cualesquiera éstas sean, cuán relativas sean éstas, o cuán difícil sea este trabajo; aunque en el final, el investigador pudiera o no emitir un juicio de valor sobre los valores que encuentre.

Tampoco se puede decir algo como: "*puesto que los valores no se pueden describir de un modo universalista* (incluso suponiendo que así sea, como se asume desde el relativismo kelseniano*), no los incluyo en mi definición*". En un caso extremo como éste, se podría decir también: *"derecho son normas*

[102] En sentido semejante, Gregorio Robles, *Hart: Algunos Puntos Críticos*, en DOXA Nº 21-II, Alicante, 1998, edición virtual, p. 397.

de comportamiento que los participantes aceptan como obligatorias porque creen ligadas a diversos contenidos que llaman justos, o que imaginan morales, o que sienten buenos" etc. Incluso desde un relativismo absoluto, no es válido concluir que derecho sea algo que no tiene contenido, o que no tiene valor, o cuyo valor es indiferente para los participantes.

Una falacia semejante proviene de pasar de la afirmación de que el derecho es posible como ciencia con objeto propio (Kelsen y Hart), a la conclusión subrepticia de que ese objeto no tendría referente sustantivo alguno. El que el derecho tenga objeto propio, no quiere decir de por sí que ese objeto esté exento de valoraciones incluidas. Justamente la discusión que se da entre positivistas y iusnaturalistas no ocurre porque estos últimos nieguen que el derecho pueda tener objeto propio, sino porque se alega por ellos que el objeto debería abarcar también algunos componentes sustantivos.

Mirado con cierto detenimiento, el dogma fundamental austiniano de la separación entre "existencia" y "mérito" se revela también como una falacia de carácter analítica: del hecho que existencia y mérito son analíticamente diferenciables, Austin concluye que se dan por separado. Resulta algo así como decir "*la manzana es una cosa y su sabor es otra; por lo tanto la manzana existe separada de su sabor: usted se queda con el sabor y yo me quedo con la manzana"*. Lo que Austin ni sus comentaristas posteriores advierten, es que el mérito se da justamente en la existencia. Toda existencia tiene algún tipo de mérito, y como tal, nada obsta para que el mérito pueda también formar parte de la definición.

En otros casos de la idea de que moral y derecho pueden ser diferenciables parecen derivar rápidamente a la conclusión de que esa diferencia se da en el contenido. Pero ¿por qué no podría darse sólo en la forma? Teóricamente es admisible que aunque derecho y moral sean separables, esa diferencia podría no ser en el contenido, o cuando menos no en ciertos contenidos mínimos; sino digamos sólo en la forma, en la compulsoriedad, en el hecho de estar escrito, en el hecho de estar institucionalizado, en la forma de producción, etc. La separación positivista contradice intuiciones básicas. Es altamente probable que ningún hombre común aceptaría la idea de que pueda haber alguna diferencia de contenido radical entre derecho y moral.

Por otro lado (Austin nuevamente, y trás de él Hart), de la circunstancia de que en teoría puede diferenciarse entre el derecho que "es" y el que "debe ser", concluyen asociando el derecho con lo que "es", y la moral con lo que "debe ser". Sin embargo, en teoría nada impide que el derecho y la moral se encuentren unidos tanto en el "ser" como en el "deber ser". Puede haber moral en el derecho de hoy, como en el que quisiéramos para mañana. Y sin embargo aun así sería posible mantener alguna diferencia entre el derecho que "es" (conectado a cierta moral, positiva por ejemplo), y el derecho que

"debe ser" (conectado a una moral crítica en este caso). Entonces no se trataría de una separación absoluta entre "ser-derecho" y "deber ser-moral", sino de la posibilidad de comparar en el tiempo contenidos jurídicos con diferentes grados de moralidad.

4. Perversiones

Hablemos ahora un poco de algunas de las consecuencias de las teorías de los autores sumariamente revisados. Cualquiera de ellos, y desde luego cualquiera de sus seguidores, estarían siempre dispuestos a sostener que positivismo no equivale a formalismo ni a legalismo. Este descargo (justificado) lo hace, como sabemos, Hart, defendiendo de paso a Bentham y Austin. Y tal parece que del formalismo pueden todavía escapar, porque es cierto que ni Austin, ni Kelsen, ni Hart defienden expresamente en algún lado que las decisiones jurídicas puedan surgir por mera consecuencia lógica o literal. A consecuencia parece injusto también que deban ser recusados de legalistas, cuando además, aceptan que la creación del Derecho proviene también de fuentes como la costumbre y las decisiones judiciales. No obstante hay razones para pensar que no pueden exculparse –cuando menos no totalmente– de ello. No sólo por lo que han hecho ciertos positivistas en la práctica, sino por lo que está implícito en la propia exposición de las teorías de los autores clásicos.

Ya antes se anotó que cuando Austin asume la frase de Bentham de que *"ningún derecho positivo es injusto*", se revela como un "positivista ideológico" sincero. En Kelsen, por otra parte, el legalismo puede tener algún vínculo con la tesis de la *norma fundamental* que expresa la obligación de seguir la Constitución[103], sin interesarse por la legitimidad de sus fuentes de origen. Kelsen no distingue entre Constituciones obedecibles y no obedecibles, porque parece asumir que el origen de la primera Constitución no es relevante para la validez del derecho. Y en Kelsen es perfectamente claro que ninguna norma es válida, y ninguna autoridad es legal, si no está afirmada en otra norma previa, preexistente. La posibilidad de que de ahí se derive a considerar que toda decisión jurídica tenga que fundarse en una norma legal preestablecida es, en esas condiciones, poco menos que difícil. Y este paso lo dan sin mayor dificultad los prácticos del derecho que no necesitan indagar con mayor profundidad en las "oscuridades" de la teoría kelseniana para concluir que

[103] *"Therefore this norm, namely the basic norm of the legal order concerned, must be formulated as follows: Coercive acts sought to be performed under the conditions and in the manner which the historically first constitution, and the norms created according to it, prescribe. (In short: one ought to behave as the constitution prescribes*", H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, ed. cit. pp. 200-201.

toda norma válida tiene que estar previamente escrita para poder usarse. Los aspectos de voluntarismo y decisionismo son casi olvidados en los seguidores de Kelsen, a nuestro juicio porque están desconectados del tronco principal de la teoría kelseniana u ocupan un lugar secundario en ella.

Hart tampoco defiende legalismo alguno, pero ello puede estar implícito en afirmaciones como ésta, que el autor inglés anota reseñando –por alguna razón– el punto de vista de Austin y Bentham:

"Lo que Bentham y Austin estuvieron ansiosos de afirmar eran las siguientes dos simples cosas: primero, ***en ausencia de una disposición constitucional expresa o provisión legal*** (énfasis añadido*), no puede seguirse del mero hecho que una regla viola estándares de moralidad que esta no fuera una regla de derecho; e inversamente* (léase: en ausencia de una disposición constitucional expresa o provisión legal*), no podría seguirse del mero hecho que una regla fuera moralmente deseable que esta fuera una regla de derecho"*[104]. Es decir, en ausencia de una disposición constitucional expresa o provisión legal, ningún contenido es, o no es, derecho. Puesto en afirmativo: el derecho es lo que dicen la Constitución y las provisiones legales.

En Hart, la posibilidad de pasar a un legalismo queda también abierta por el lado de la Regla de Reconocimiento, si por ejemplo estamos ante una comunidad de oficiales y ciudadanos que reconocen el derecho por estar previsto únicamente en las leyes. Hart no descarta esa posibilidad a juzgar por algunas de sus expresiones: *"en un sistema legal moderno* – dice– *donde hay una variedad de ´fuentes´ del derecho, la regla de reconocimiento es correspondientemente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y comúnmente incluyen una constitución escrita, disposiciones legislativas y precedentes judiciales. En la mayoría de casos, se establecen provisiones para posibles conflictos, jerarquizando esos criterios en un orden de subordinación relativa y primacía. Es en esta forma que nuestro sistema de ´common law´ es subordinado a las leyes (Estatutes)"*[105].

Empero, lo que resulta más probable es que, en la práctica, el legalismo surja de una combinación perniciosa de al menos tres ideas positivistas, en coalición con la tesis política de la separación fuerte entre funciones legislativas y judiciales: por un lado de la insistencia de que la moral de por sí no es derecho (Kelsen y Hart); por otro lado, de la idea de que sólo son aplicables

---

[104] H. Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals*, loc. cit. p. 599.

[105] *"In a modern legal system where there are a variety of ´sources´ of law, the rule of recognition is correspondingly more complex: the criteria for indentifying the law are multiple and commonly include a written constitution, enactment by legislature, and juditial precedents. In most cases, provision is made for possible conflict by ranking these criteria in an order of relative subordination and primacy. It is in this way that in our system ´common law´is subordinate to statute"* H. Hart, *The Concept of Law*, ed.cit. p. 101.

las normas válidas, y sólo son válidas las normas que se originan en otras normas (Kelsen); así como de los intentos por restringir la discreción judicial y concebirla sólo como discreción "intersticial" (Hart). De ese modo, si a un juez se le dicen estas cuatro cosas (que los argumentos morales en sí mismos no son derecho; que toda norma para ser aplicada tiene que respaldarse en alguna otra norma previa, que el juez no tiene sino discreción débil, y que además las funciones judiciales son diferentes a las del legislativo) le queda al operador, en la práctica, muy poco margen para no concluir en que: es derecho, lo que dicen las leyes escritas.

Sin embargo, a la par de negar cualquier ataque de legalismo, algunos positivistas podrían estar dispuestos a vincular positivismo con imperio de la ley[106] y a consecuencia con la seguridad jurídica. Es probable que algunos autores puedan haber pensado, incluso, que sólo el positivismo –y no el iusnaturalismo, ni el realismo– constituirían garantía para el *estado de derecho* y la *seguridad jurídica.*

Enfrentados a esa suposición resulta oportuno preguntarse si la tesis del *imperio de la ley*, y consecuentemente del *estado de derecho,* corresponden a la matriz positivista, o son más bien herencia del liberalismo democrático y de otras tradiciones. Pensamos que esto último se ajusta mejor a la manera en que se han ido formando los valores de los estados democráticos contemporáneos. Lo que se trasunta en el positivismo es la asunción implícita de las conclusiones liberal democráticas, en particular la tesis de la separación de poderes y su consecuencia, la primacía de la ley; la que sin embargo deviene llevada a sus extremas y paradójicas consecuencias: se legitima el imperio de cualquier ley por el sólo hecho de ser "positivamente" existente.

El positivismo supone que ha de reconocerse como derecho incluso órdenes de reglas "inmorales" o "inicuas", algo que, como se recuerda, tanto Kelsen como Hart aceptan de manera expresa. En cambio para los pensadores liberal-democráticos, el respeto y la subordinación a la ley proviene del origen democrático de ésta. Aun en el extremo del dogma de Montesquieu, su presupuesto no es que el juez debe ser "boca" de cualquier ley, sino de aquélla que emana de la soberanía popular. Es decir imperio de la ley democrática (redundancia que tendría que ser innecesaria), sobre la base de reconocer cuando menos el principio democrático y los derechos humanos, como ha escrito también Francisco Laporta[107].

---

[106] Considérese por ejemplo el intento de Raz de asociar el estado de derecho con una concepción "instrumental" (léase positivista) del derecho. En The Authority of Law, ed. cit. pp. 225-226.

[107] Vid, F. Laporta, *Imperio de la Ley*, en DOXA, Nº 15-16, Alicante, 1994 (edición virtual) p. 138.

El positivismo adopta –o coincide– con el punto de llegada de la tesis liberal democrático, pero lo sobrepasa y lo lleva a consecuencias ajenas, al desentenderse de los fundamentos democráticos y liberales que justifican y definen el estado de derecho. El imperio del derecho equivaldría al imperio de cualquier ley fácticamente existente, instrumental a cualquier poder, con independencia de sus propósitos y de la legitimidad de sus fuentes de origen. Como dice Raz, *"Por cierto, conformidad al imperio de la ley* (rule of law*) también permite al derecho servir a malos propósitos*"[108].

Se completa así el círculo perverso: el liberalismo democrático inventó el sufragio y la separación de poderes; por tanto el estado de derecho; por tanto la autoridad de la ley. El positivismo viene a continuación y anida en estos presupuestos y extiende la autoridad de la ley, a cualquier ley y a cualquier estado, y por tanto a cualquier dictadura. El derecho no requiere estar vinculado a la moral o algún presupuesto razonable, para ser tal. Por tanto puede haber derecho malévolo. Por tanto, podría haber derecho incluso contra los supuestos éticos del liberalismo democrático.

Si esta interpretación es exacta, ella sugiere que, en rigor, el positivismo definido por sus tesis fundamentales, no constituye por sí mismo garantía de legalidad democrática ni menos de seguridad jurídica. Tanto la regla de reconocimiento hartiana, como la norma fundamental kelseniana aceptan como derecho cualquier voluntad normativa, con independencia de sus fuentes de legitimidad. Pensamos que las garantías del estado de derecho provienen de otros lados. Ante todo de la *separación y control de poderes*, y de la *formación democrática* (legítima) de las normas.

Ultimadamente, la seguridad jurídica no proviene tampoco directamente de la autoridad de la ley ni de su origen democrático, sino del principio de *estabilidad constitucional*. El legalismo positivista no opone de por sí ninguna valla teórica para que el derecho no pueda ser cambiado constantemente, cuando menos no en el nivel legislativo. Para eso se necesita de tesis como las de *rigidez y estabilidad Constitucional,* las cuales pensamos han sido propuestas con mejor coherencia desde la teoría del Derecho Constitucional.

---

[108] J. Raz, *The Authority of Law*, ed. cit. p. 225, y más adelante: *"... la conformidad con el imperio del derecho* (rule of law) *es la virtud del derecho en sí mismo, el derecho como derecho* ***sin considerar los propósitos a los que este sirve*** (énfasis añadido*), ... Considerar el imperio del derecho como la específica o inherente virtud del derecho es el resultado de un concepción instrumental del derecho…"*

5. Enigmas

Más allá de todas estas dificultades, creemos que el positivismo no da respuesta a otros problemas implícitos en la exposición de sus principales figuras.

¿La tesis de la separación moral/derecho acarrea que también hay separación derecho/política y derecho/economía? Kelsen, coherentemente, dice que sí. Sin embargo Hart admite que las *policies* o los "objetivos sociales" operan en la penumbra de las normas[109]. ¿Por qué esto sí es posible con las *policies* y no con los valores morales? Hart no es claro en reconocer que valores morales propios puedan también operar en la penumbra del derecho en la misma medida que las *policies.* Con ello presta, sin duda, servicio al utilitarismo; o quizás en el fondo desconfía que la moral pueda ser de algún modo fundamentable.

La pregunta contraria también es pertinente: ¿Por qué sí operar con la moral en los espacios de discreción y por qué no con las *policies*? Y a nuestro juicio no hay nada que impida que unos y otros criterios sustantivos puedan ser usados por los operadores, y que además puedan aportar a la definición de lo jurídico dentro de cierto umbral de razonabilidad.

También subsisten para el positivismo el problema de los fundamentos de la autoridad y del deber de obediencia del derecho. Ya se aludió a las dificultades de Hart para mantener la coherencia de las tesis del *carácter normativo de las reglas*. Hart admite –como lo hace Kelsen– que ha de haber alguna diferencia entre obedecer al derecho y obedecer a una banda de ladrones. Sin embargo no termina de aceptar que la obediencia al derecho, tanto por el lado de la gente, como por el de los oficiales, presupone inevitablemente lo que llama el "punto de vista interno". Kelsen, por su lado, a pesar de que defiende el carácter normativo de los "hechos" del derecho, parece identificar la autoridad y la obediencia con el poder coactivo de las normas: *"La conducta mandada por un orden social es la que un individuo está obligado a adoptar…Decir "una conducta es mandada" es sinónimo de decir "un individuo tiene la obligación de comportarse en una cierta forma*"[110]. Pero entonces ¿Puede establecerse alguna diferencia entre *derecho* y *dominación*?

El otro enigma de la teoría positivista tiene que ver con el razonamiento legal. Albert Calsamiglia ha señalado a este respecto, que el positivismo no tiene una teoría de la adjudicación[111]. Otros autores indican, en la misma

---

[109] Cfr. H. Hart. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, loc. cit. p. 614.

[110] *The behavior commanded by a social order is that which an individual is obligated to adopt… To say "a behavior is commanded" is synonymous whit saying "an individual has the obligation to behave in a certain way"",* H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, ed.cit, pp. 114-115.

[111] Vid. A. Calsamiglia, loc. cit., p. 212.

dirección, que no tiene una teoría de la interpretación. Por nuestra cuenta hemos sostenido que esto es lo único que puede aspirar a tener: una teoría de la interpretación, entendida –*sensu stricto*– como una teoría de la explicitación de significados normativos pasados[112]. En cambio lo que no puede tener, por que no es epistemológicamente apto para ello[113], es una teoría de la *argumentación* judicial y por tanto del razonamiento legal razonable. El estilo de razonamiento que algunos autores positivistas defienden, a veces como discreción débil, o como discreción fuerte, o a veces de tipo justificativo, es bienvenido pero se muestra contradictorio con los postulados fundacionales de su teoría.

Esto último lo advierte también, entre otros, MacCormick, cuando dice: "*…tenemos que enfrentar un problema para el positivismo legal: si una teoría positivista simplemente da un recuento descriptivo de lo que los sistemas legales actualmente son, ¿cómo puede la versión positivista de la tesis de la ´validez´ tener alguna referencia para la justificación?…una descripción positivista de los sistemas como estos operan no puede responder a una cuestión particular que puede ser planteada internamente en un sistema legal: la cuestión tal como puede plantearse por un juez en un caso difícil: ´Por qué debemos tratar cada decisión en concordancia con una regla válida, de acuerdo con nuestros criterios de validez, como si fuese suficientemente justificada"*[114].

La teoría positivista no proporciona un criterio claro para pasar de la descripción del derecho a su justificación. Este problema puede plantearse de otro modo: si se acepta que una cosa es el derecho que "es" y otra el que "debe ser": ¿con qué criterio deberían actuar los Jueces? De acuerdo con Montesquieu, con el derecho que "es". De acuerdo con las teorías del razonamiento legal racional: con el derecho que sea más razonable. ¿Y de acuerdo con los positivistas? Se tendrían, creemos, dos opciones básicas:

Que los operadores actúen sobre la base del derecho que "es" (de lo que RR autoriza). Esto quiere decir que, en principio, la separación conceptual

---

[112] Vid. L. Sánchez, *Argumentación Jurídica e Interpretación,* en *Argumentación Jurídica y Teoría del Derecho,* Ediciones el Alva, Arequipa, 1999.

[113] Vid. L. Sánchez, *¿Tiene el Positivismo Aptitud para Operar con Valores?,* en *Argumentación Jurídica y Teoría de Derecho*, Ediciones, ed. cit.

[114] *"… we have to face a problem for legal positivism: if a positivist theory merely gives a descriptive account of what legal systems actually are, how can the positivist´s version of the ´validity´ thesis have any reference to ´justification´…"… a positivistic description of the system as it operates cannot answer a particular kind of question which may be raised internally to a legal system: the question as it might be raised for a judge in a hard case: ´Why ought we to treat every decision in accordance with a rule valid by our criteria of validity as being susufficiently justified?"* . N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, ed. cit. pp. 62 y 63.

derecho-moral tendría fuerza vinculante. La discreción judicial se daría sólo en el marco del derecho reconocido por la Regla de Reconocimiento. Ahora, si RR reconoce sólo derecho formal sin posibilidad de remisión a criterio moral alguno, la separación es estricta y se conserva la coherencia positivista. Si RR reconoce la posibilidad de recurrir a ciertos criterios morales implícitos en el ordenamiento, entonces la discreción judicial se amplía, pero con la consecuencia de que pierde solidez la tesis de la separación. Si RR reconoce que puede usarse cualquier criterio moral, no sólo los contenidos en las normas preexistentes, la discreción es plena, pero la tesis de la separación pierde utilidad. En tal caso el dogma positivista básico tendría que rezar no que el derecho es conceptualmente diferente de la moral, sino algo como "*el derecho puede ser separado o no, conceptualmente diferente o no, de la moral, dependiendo de lo que permita RR*".

La otra posibilidad es reconocer que los jueces pueden decidir sobre la base del derecho que "debe ser", o indistintamente (lo que produce el mismo resultado) sobre la base del derecho que "es" y del que "debe ser". En ese caso la discreción judicial es plena: los jueces pueden decidir moralmente qué derecho aplicar; pueden recurrir a valoraciones y de ese modo pueden *constituir* derecho: el derecho es lo que los jueces dicen moralmente que es derecho. Por lo tanto, la tesis de la separación pierde toda significación.

En la práctica esto último puede que sea lo que ocurre. Los jueces deciden valorativamente, creativamente, incluso moralmente, a pesar del dogma positivista. Sin embargo cuando los jueces hacen eso no están legislando. En esto Hart tiene sin duda acierta, pero quizás la razón no resida en el hecho que el Juez no sale de las "líneas" que demarcan la penumbra; sino en admitir que la emisión de una decisión particular creativa, como lo entendía Kelsen, no equivale a legislar.

Comoquiera que sea, no parece que los diversos positivismos ofrezcan una respuesta consistente para esto.

Bribie Island, Australia, 10 de marzo del 2002

Publicaciones anteriores:

Argumentación Jurídica y Teoría del Derecho, La Crítica Actual del Positivismo Jurídico,Universidad Nacional de San Agustín, Editora el Alva, 220 pp. Arequipa. 1999.

Argumentación Jurídica y Teoría del Derecho, Rev. IUS ET PRAXIS, Universidad de Lima, 1999.

Límites del Modelo de Ciencia Jurídica Actual, ISONOMIA, No. 8, México D.F, 1998.

Mercado y Justicia en el Derecho, en Revista DERECHO Y SOCIEDAD, Año VIII, No. 12, Nov. 1997, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Argumentación Jurídica e Interpretación Constitucional, en Rev. SCRIBAS No. 3, Arequipa, 1997.

A R T Í C U L O S

EL MODELO DEL MANDATO, EL ORDEN JURÍDICO Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Ulises Schmill O.

1. El mandato como modelo teórico

Los creadores de las doctrinas iusnaturalistas racionales, propias de la época moderna, como Grocio, Pufendorf y Thomasius,[1] en sus construcciones teóricas, partían del supuesto de que el Derecho era un mandato, *i.e.*, una formulación verbal por la que se manifestaba la voluntad de un sujeto (humano o sobrehumano) dirigida a obtener de otro sujeto, en especial, el hombre, un determinado comportamiento o conducta. Esta concepción fue recibida por Hobbes[2], Bentham[3] y Austin[4] y dio origen a la concepción imperativista de las normas jurídicas. En el siglo XX, en especial, Kelsen[5] y Hart[6] hacen criticas profundas a esta concepción de las normas entendidas como mandatos. Sin embargo, cuando determinan su objeto de conocimiento recurren al modelo del mandato, aunque llevan a cabo sobre él un conjunto de modificaciones y complementaciones con la finalidad de que refleje con exactitud las características observables de los Derechos positivos.

La crítica fundamental que tanto Kelsen como Hart han formulado a la tesis de Austin, es que no contempla las normas que han sido llamadas "normas de competencia", es decir, normas que establecen la facultad de ciertos órganos para crear normas jurídicas. Por más que difieran los auto-

[1] Cf. Olivecrona (LF: 7 y ss).

[2] Cf. Hobbes (DFJ:24): "una ley es un mandato de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tiene que abstenerse de hacer".

[3] Cf. Bentham (LG: 1 ss).

[4] Cf. Austin (LJ: 86 y ss).

[5] Cf. Kelsen (TPDJA: 215 y ss y TGDE:36).

[6] Cf. Hart (CD: 23 y ss).

res en la terminología, todos consideran necesario, para describir el orden jurídico, afirmar las existencia de normas que otorguen facultades (inglés *empowerment;* en alemán *Ermächtigung*). Por ello, en la teoría de Kelsen, además de las normas que establecen sanciones (Nomoestática), reconoce la existencia de normas que otorgan facultades, en la parte que denomina "Nomodinámica". Lo mismo hace Hart al considerar que el Derecho positivo está constituido por dos clases de normas: las que establecen obligaciones respaldadas por amenazas (normas primarias) y las normas de competencia (normas secundarias).

De cualquier manera, los autores que consideran al mandato como un modelo adecuado, aunque parcial, para la comprensión del Derecho positivo, han tomado una decisión metodológica muy importante, de grandes consecuencias teóricas: han hecho que el Derecho positivo sea su objeto de estudio. No hay mandato sin el sujeto emisor o promulgador del mandato. Por tanto, todo mandato es una norma positiva. Si se prescinde de entidades metafísicas y supramundanas y se concentran las consideraciones teóricas sobre los hechos y acontecimientos empíricos, la teoría del Derecho que toma al mandato como modelo, total o parcial, del Derecho, llega necesariamente a la conclusión de que el objeto de conocimiento de la Jurisprudencia o ciencia del Derecho es el Derecho positivo, *i.e.*, el Derecho puesto o establecido (producido) por actos humanos.

2. Consecuencias teóricas del modelo del mandato

De lo anterior, a pesar de las críticas que se han aducido en contra del modelo del mandato, por autores tan conspicuos como Kelsen y Hart, es posible desprender una serie de consecuencias para la construcción de una ciencia del Derecho positivo. El concepto del mandato entraña una referencia necesaria a su acto de emisión y al sujeto que lo emite, *i.e.*, el concepto del mandato implica el concepto de su positividad. A reserva de hacer posteriormente algunas complementaciones sobre el modelo del mandato, es conveniente, por lo pronto, simbolizarlo, para efecto de fijar el concepto en una imagen fácilmente recordable, con el esquema **a(n)**, en donde **a** está por el acto de emisión o promulgación del mandato y **n** por el mandato mismo. Si se toma la decisión metodológica indicada en relación con el objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho o Jurisprudencia, entonces se pueden obtener un conjunto de conclusiones de gran importancia para construcción de una ciencia sobre el Derecho positivo:

1. La primera de ellas consiste en que se ha determinado el objeto de conocimiento de la jurisprudencia: las normas positivas. Esto quiere decir que sólo se van a considerar como objeto de estudio las normas que hayan

sido creadas o producidas por actos de habla o verbales específicos, empíricamente existentes.

2. Se excluye del objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho, toda norma que no sea el producto de un acto verbal, *i.e.*, de toda norma no positiva. Implica el rechazo del iusnaturalismo, en todas sus variantes, si por derecho natural se entiende la tesis que afirma la existencia de normas no positivas.

3. Las normas son hechos sociales. *Prima facie* queda excluida la posibilidad de una lógica de las normas, pues entre hechos no hay relaciones lógicas. Las lógicas de las normas que han sido creadas suponen la peculiar abstracción de **n** respecto de su **a** (concepción hilética de las normas jurídicas, según Alchourrón y Bulygin)[7], es decir, de considerar a las normas como substratos de sentido, como proposiciones específicas que guardan entre sí ciertas relaciones lógicas. Si bien esto es plausible hacerlo, puede entrañar una desviación de graves consecuencias, pues no hay norma que no sea el sentido de un acto verbal o de habla, *i.e.*, de un acto de promulgación y, por tanto, las relaciones entre las normas no son otra cosa que las relaciones entre actos verbales o de habla correspondientes con las significaciones consubstanciales a los mismos (concepción expresiva de la normas jurídicas, según Alchourrón y Bulygin). No hay norma sin acto que la produzca, para emplear la metáfora de la producción.

4. La restricción autoimpuesta por la ciencia del Derecho respecto de su objeto de conocimiento a las normas positivas, posibilita la existencia de una sociología jurídica, en la medida que es posible, concentrándose en **a** del esquema **a(n)**, estudiar e identificar los hechos o acontecimientos que dieron origen o hicieron surgir la realización de la conducta verbal correspondiente. La sociología jurídica no estudia a las normas jurídicas *per se*, sino que, conforme a la concepción de Weber,[8] consiste en la determinación de las condiciones precedentes a la realización de los actos que tienen significación jurídica y de las consecuencias correspondientes a los actos de ejecución o cumplimiento de las normas

5. El material dado a la ciencia jurídica son actos de poder más o menos sistematizados en los ordenamientos jurídicos.

---

[7] Cf. Alchourrón y Bulygin (CEN:122 y ss).

[8] Cf. Weber (ES:5 y ss) y (CS:98 y ss).

3. Operaciones sobre el modelo del mandato: Primera y segunda interiorizaciones semánticas de los elementos en el paradigma del mandato entendido conductistamente

Las formaciones verbales que expresan una voluntad dirigida a que otro sujeto se comporte de cierta manera, que aparece tan profusamente en las obras de los dos autores contemporáneos mencionados, se parecen mucho las normas entendidas como mandatos emitidos por un sujeto dirigidos a otro u otros sujetos.

Si se quiere representar conceptualmente al Derecho, al orden jurídico, tienen que desarrollarse constructivamente los elementos que están representados en nuestro esquema a(n), tanto el acto "a" como su significado o sentido normativo "n".

En la teoría de Kelsen[9] encontramos dos grupos de conceptos fundamentales: los correspondientes a la "Estática Jurídica" (*Rechtsstatik)* (que explicita los elementos contenidos en "n") y los correspondientes a la "Dinámica Jurídica" (*Rechtsdynamik)* (que explicita los elementos contenidos en el acto de emisión de la norma "a"), que se corresponden con los dos elementos que hemos mencionado en nuestro esquema. El primer grupo de conceptos se organiza alrededor de la concepción del derecho positivo como un orden coactivo de la conducta humana. Por lo tanto, el concepto de sanción y los conceptos con él relacionados encuentran en esta parte su lugar sistemático. Kelsen afirma que esta parte de su teoría analiza al derecho positivo en sus elementos fundamentales, sin preocuparse por la forma en que surge o es creado. Las normas jurídicas se consideran, aunque sea provisionalmente, como "dadas". Son el producto ya realizado del acto de emisión de la norma, es decir, son las normas mismas **n**. En cambio, la "Dinámica Jurídica" constituye una teoría del orden jurídico, concebido como un orden o conjunto de normas que se autogenera. El punto de vista decisivo que se asume es la determinación de las condiciones de generación (o producción) de las normas, de las condiciones bajo las cuales las normas jurídicas pueden considerarse como "dadas". Con ello, se hace referencia al acto de creación de la norma, que hemos representado con "a" en nuestro esquema del mandato.

3.1. Primera interiorización semántica

Ya hemos dicho que es opinión generalizada que el concepto de mandato es incapaz de proporcionar un modelo del Derecho positivo. No concuerdo con esta opinión, aceptada incluso por Kelsen,[10] que ha impedido que las

[9] Cf. Kelsen (TGE:299 y ss); (TPD1:94 - 120); (TGDE:129 y ss); (TPD2:201 y ss).

[10] Kelsen (TPDJA).

teorías del derecho hayan alcanzado un modelo satisfactorio sobre su objeto de estudio. En lo que sigue se llevará a cabo, de manera explícita, lo que he denominado *interiorización semántica de los elementos contenidos en el paradigma del mandato*, que hace explícito el procedimiento con el que se puede reconstruir teóricamente las concepciones de Austin, Kelsen y Hart.

El mandato es una expresión lingüística emitida por un sujeto determinado, al que simbolizaremos con "O_1": "el dinero o la vida". En vez de partir de este modelo del mandato, consideremos un mandato más simple y elemental:

(m0) $O_1(a) \rightarrow V(\text{el dinero})$

Debe tenerse presente que sólo existe un acto verbal: la emisión de las palabras "el dinero", a las que hemos designado como (m0). Es posible concebir la emisión del mismo mandato sin consignar en el modelo la emisión de ninguna palabra. Entonces, tendríamos ciertos movimientos u otros signos, distintos de las palabras, que llevarían a cabo la función que estamos asignando a éstas: habría un gesto que indicara al destinatario del mandato, al que designaremos con "O_2", el dinero que O_1 le exige, etc.

(m0), el mandato, está constituido por dos palabras: un artículo y un término general. Constituye un mandato y no la emisión de una sentencia abreviada que nombra un objeto, por el hecho de que lo encontramos en un contexto determinado, enclavado en un conjunto de elementos específicos: O_1 se encuentra frente a otro sujeto O_2, el cual puede realizar una conducta que será reforzante para O_1: la entrega del dinero. Además, O_1 tiene una pistola en la mano y con ella amenaza a O_2. El lector atento puede encontrar los elementos que señala Austin[11] como necesarios para la existencia de un mandato.

Ahora lo que queremos presentar es un procedimiento de complementación de (m0). Este lugar es el adecuado para hacer una aplicación de la teoría de Grice sobre las *implicaturas*[12], pues de la situación en la que se emite el mandato pueden obtenerse inferencias de muy diversa índole. Las implicaturas obtenidas de la situación en la que se emite el mandato debemos introducirlas dentro de los enunciados que lo describen, de modo que se encuentren consignadas en la expresión verbal descriptiva del mandato. Esta complementación de (m0) con las implicaturas obtenidas de la situación en la que se emite el mandato es de carácter semántico, realizada por medio de la *introducción de palabras que funcionan de la misma manera como lo hacen los diversos elementos de la situación pragmática consignada en*

[11] LJ. pp. 88 y ss.

[12] Cf. Grice (LC. pp. 22-41) y Schmill (CCI. pp. 183 y ss).

el paradigma del mandato. En la conducta verbal (aunque no sólo en ella) es peculiar del hombre ser, además de un individuo actuante, un sujeto que -por vía de la retroalimentación que sus sentidos le proporcionan- percibe los elementos de su propia conducta y tiene la capacidad de nombrarlos y referirse a ellos.

Véase esta secuencia de enunciados que describen el sentido de la conducta verbal del emisor del mandato:

(m0) O_1(a) →V(el dinero)
(m1) O_1(a) →V(el dinero o la vida)
(m2) O_1(a) →V(entrégame el dinero; si no lo entregas te quito la vida)
(m3) O_1(a) →V(O_2, entrégame el dinero; si no lo entregas te quito la vida)
(m4) O_1(a) →V(O_2, ahora y aquí entrégame el dinero que posees; si no me entregas tú, O_2, el dinero que posees ahora y aquí, yo, O_1, ahora y aquí te privo de la vida a tí, O_2, disparando esta pistola)

El mandato (m0) se ha visto progresivamente incrementado en su contenido semántico, por medio de la adición de palabras que introducen adecuadamente, *i.e.*, de modo verbal en (m0), los elementos reales que se encontraban presentes en la situación de mando o dominación condicionante de la emisión del mandato. En realidad, lo que estamos haciendo con esta complementación semántica del enunciado que describe el mandato con palabras que designan elementos del contexto, es hacer explícitas las implicaturas griceanas de la situación.[13] Con ello obtenemos como producto una formación verbal cuyo entendimiento no depende del contexto, objetiva, que cualquiera puede reproducir y entender, con independencia del contexto en el que cual fue emitida, debido a que todas las implicaturas griceanas han adquirido forma verbal.[14] Es por ello que se ha considerado siempre que el Derecho consiste en normas y no en actos ilocucionarios.

En (m1) encontramos un mandato más completo que en (m0): hay una palabra para designar el mal con el que se amenaza a O_2. Este mal no se encuentra especificado en su integridad y gramaticalmente no aparece representado el tipo de relación que guarda la conducta de O_2 con la que tendrá O_1. Todo esto está expresado muy confusamente con la letra de la disyunción "o". El contexto proporciona todos los elementos necesarios para entender, por implicaturas griceanas[15], que sólo en el caso de que O_2 no

[13] LC. pp. 22-41.
[14] Cf. Tamayo (TMRM).
[15] Cf. (LC. pp. 22-37).

entregue a O_1 el dinero que posee, se presentará la situación de que pierda la vida por la recepción de una bala.

(m2), (m3), y (m4) contienen los elementos que son el producto de progresivas complementaciones o interiorizaciones semánticas en el enunciado que describe al mandato. (m4) no posee una sola palabra que exprese que se trata de un mandato. Es necesaria la especificación, de que estamos frente a un mandato real y concreto emitido por O_1 y dirigido a O_2. Para ello podríamos usar el signo "!".[16]

(m5) O_1(a) →!V(O_2, entrégame el dinero que posees ahora y aquí; si no me entregas tú, O_2, el dinero que posees ahora y aquí, yo, O_1, te privo de la vida a tí, O_2, disparando esta pistola ahora y aquí)

El símbolo "!" señala que se trata de un mandato, de una orden, de una norma. No es parte del contenido semántico del mandato: simplemente es un signo que señala que estamos frente a un mandato. Este símbolo "!" sustituye a todos los demás elementos que se encuentran en el contexto de emisión del mandato y señala que existen, sin especificar cuáles son y sin explicitarlos. Es una especie de velo oscuro que se echa sobre esos elementos y que señala que algo existe tras él, sin que pueda distinguirse cada uno de los elementos ocultos. Dice Bulygin:

> Es importante subrayar que los diversos recursos lingüísticos y no-lingüísticos que se usan para indicar qué se hace con una oración determinada (punto, signos de exclamación y de interrogación, cierta modulación de la voz, gestos característicos) no forman parte del significado de las palabras usadas. Estos recursos muestran qué hace el sujeto que usa ciertas palabras, pero al hacerlo el sujeto no dice qué está haciendo. Por lo tanto, esos recursos no contribuyen al contenido conceptual de las palabras usadas. (p. 174)

Ya tenemos una mandato completo, no sólo respaldado por una amenaza externa a él: tenemos un mandato coactivo, es decir, *una norma* que dentro de su contenido prescribe o especifica un acto de aplicación del contenido de una amenaza. La amenaza de un mal para el caso de no ejecución de parte del contenido del mandato ya no es algo externo al mismo, que forme parte

[16] Estamos usando este signo de la manera como lo usan Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: "Los signos "├" y "!" serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual de las palabras usadas). Ellos muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella." (CEN. pp. 123-124).

integrante del ambiente o del entorno, sino que se encuentra dentro del mandato, el que ha sufrido una transformación fundamental, incluso en cuanto a su forma. En vez de ser una expresión verbal que señala la conducta que se desea realice el destinatario del mandato, para lo cual utiliza una expresión verbal que tiene la forma de un imperativo categórico, aparece ahora como una expresión verbal compleja que, además de contener el imperativo, tiene adicionalmente una expresión con carácter condicional.

Podemos recurrir a darle un símbolo a cada elemento de (m5) y obtenemos:

(m6) $O_1(a) \rightarrow !V(O_2, b, t, e;$ si $O_2, \sim b, t, e,$ entonces $O_1, c, t, e)$

"t" y "e" están por los elementos lingüísticos en el mandato que señalan el tiempo y el espacio, respectivamente, de realización de las conductas contenidas en el mandato. Los otros elementos son claramente comprensibles y constituyen los ámbitos de validez personal y material del mandato, es decir, los contenidos de la norma o mandato que especifican la persona de la conducta y el tipo o clase de conducta.

Debe tenerse presente que en (m6) todavía tenemos fuera el signo "!" que señala que estamos en presencia de un mandato.[17] Podemos dar un paso más en la semantización e introducir algunas palabras que internamente señalen que se trata de un mandato y, además, de modo inequívoco. Debemos estar conscientes que se trata de la introducción de ciertas palabras, que tendrán un significado normativo, no porque estén justificadas moralmente o consideremos legítimo exigir una determinada conducta, sino solamente por la función que tienen en el contexto del mandato complementado semánticamente.

Debemos introducir, entonces, en el mandato aquellos elementos verbales que funcionen de manera igual o paralela, aunque sea parcialmente, a la forma como funcionan dentro del contexto de emisión del mandato. Téngase presente que el mandato complementado semánticamente intenta reproducir, en sus rasgos esenciales, la operancia y el funcionamiento de los elementos contenidos en el contexto de su emisión. El mandato complementado semánticamente constituye la formulación de la regla que especifica la relación social del mandato.

Con ello, obtenemos (m7):

(m7) $O_1(a) \rightarrow V($obligación $(O_2,b,t,e);$ si ilícito$(O_2,\sim b,t,e)$ entonces sanción $(O_1,c,t,e))$

Si abreviamos más aún y utilizamos los símbolos de la lógica tenemos:

[17] Cf. *supra* nota 16.

(m8) $O_1(a) \rightarrow V(O(O_2, b, t, e); CPh(O_2, \sim b, t, e)S(O_1, c, t, e))$

En m8, "O" esta por la obligación, "Ph" por la prohibición y "S" por la sanción. "C" es el símbolo del condicional en la notación polaca. Compárense estos conceptos con los de Austin y con la formalización hecha por Ross Anderson de los conceptos normativos, así como las definiciones que de estos términos da Kelsen y se verá que coinciden en su totalidad.[18]

Los conceptos sistemáticamente relacionados en la Estática Jurídica son, como ya lo indicamos, en primer lugar, el concepto de la sanción S, del cual dependen todos los demás conceptos jurídicos fundamentales.[19] Expondré muy brevemente estos conceptos fundamentales, con el objeto de consignarlos expresamente, para que se comprendan algunas tesis que se expondrán más adelante. La *antijuridicidad* (Ilicitud o prohibición) Ph se define diciendo que es el contenido de la norma jurídica que constituye el antecedente o condición directa del acto coactivo. Con ello, se prescinde de cualquier elemento valorativo que quisiera introducirse en la conceptuación de este importante concepto, considerando, por ejemplo, como ilícito todo acto que vulnere ciertos valores. Con base en estos conceptos la *obligación jurídica* (*Pflicht)"*O" tiene que ser concebida como el contenido de la norma jurídica que establece la conducta contraria a la establecida como antijurídica. La *responsabilidad*[20] no es sino una de las modalidades del ámbito personal de validez de la norma que establece la sanción: si ésta se dirige contra el individuo que se ha determinado como el autor del acto antijurídico, se dice que es el responsable directo. Si el individuo al que se le aplica la sanción es distinto de aquél que se ha determinado realizó el acto antijurídico, se dice que este es responsable por la conducta de otro sujeto. Las modalidades de la responsabilidad individual o colectiva y la responsabilidad por culpa o por el resultado se dejan derivar de manera inmediata atendiendo a los diversos ámbitos de validez de estas normas. Si estos conceptos determinan las características fundamentales de las normas jurídicas consideradas en su individualidad, el concepto que permite tratar dentro de la Estática Jurídica a conjuntos de normas y concebirlas como unidad, lo constituye el concepto de *persona*. No abundaremos más en ello.[21]

Podemos hacer las siguientes consideraciones sobre la forma en que utilizaremos ciertos términos:

---

[18] Cf. Austin (LJ. pp. 88 y ss) y (FANS).

[19] Cf. Schmill (RPTD. pp. 13-31).

[20] Cf. Kelsen (TGDE. pp. 75-85); Kelsen (TPD2. pp.129-138).

[21] Kelsen (TGE. pp. 81-93).

Una **formulación normativa** es el producto verbal del acto ilocucionario de emisión de un mandato, *i.e.*, es un enunciado lingüístico, considerado de manera puramente gramatical. La gran mayoría de las normas son expresadas de manera lingüística; las que no son formuladas de esa manera es posible expresarlas así.

Significado normativo es el sentido de una formulación normativa; es el contenido o significado de los actos de promulgación. Con este concepto queremos expresar el hecho, producto de una abstracción, de que las formulaciones normativas pueden tener cualquier forma lingüística y el sentido de esas formulaciones, *tal como se dan o se presentan*, es el significado normativo.

Esquema normativo es el producto de haber realizado las dos interiorizaciones semánticas en el paradigma del mandato.

La **regla o proposición normativa** es el enunciado que coloca a cierto contenido promulgado en una parte específica de un esquema normativo, *i.e.*, como O (obligación), P (permisión), Ph (prohibición), S (sanción) o F (facultad), cuyo significado es una norma. La regla o proposición normativa (regla de Derecho en el sentido de Kelsen) es el enunciado que organiza los diversos contenidos significativos de las formulaciones normativas haciendo uso de los esquemas que son el producto de las dos interiorizaciones.

La **norma** es el conjunto de significados normativos organizado conforme a un esquema normativo; es, en consecuencia, el conjunto de contenidos promulgados organizados o comprendidos con arreglo al esquema normativo.

Las intuiciones que está bajo estas definiciones son las siguientes: una formulación normativa es el producto de una conducta verbal, considerada exclusivamente desde un punto de vista lingüístico, gramatical y fonético en su caso. Se refiere a las palabras usadas cuando se realiza un acto de habla o verbal de mandato.

Dada una determinada formulación lingüística, el sentido o significado de las palabras constitutivas de ella, ese es el significado normativo. Este se restringe con exclusividad a interpretar o exponer el sentido de la formulación verbal que esté ocasionalmente sometida a su interpretación.

Si se tiene una teoría sobre la normatividad (esquema normativo) y quiere expresarse el sentido o significado de una pluralidad de formulaciones normativas, entonces se hace uso de una regla o proposición, entendida como enunciado, cuyo sentido es una norma. Esta regla o proposición normativa es el vehículo verbal para expresar una norma.

3.2.- Segunda interiorización semántica de elementos pragmáticos.

Dentro de las diversas críticas que Kelsen y Hart dirigen a la tesis que afirma el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas de Austin, está una que es fundamental y que constituye la piedra de toque de cualquier concepción sobre el Derecho. Junto a las normas coactivas existen otras que son las normas de competencia y de procedimiento. Esto condujo a Hart a afirmar, correctamente pero de manera imprecisa, que los Derechos positivos son un conjunto de normas que tienen tanto normas primarias como secundarias, entendiendo por estas últimas las normas de competencia y de procedimiento.[22] Esto, en realidad, no tiene novedad teórica alguna, pues ya Kelsen había desarrollado, de manera exhaustiva y con una precisión de la que carece la tesis de Hart, la concepción del Derecho como un orden dinámico de normas. Veamos si con nuestro modelo pueden reconstruirse estas normas.

Debemos ahora hacer lo que denomino *segunda interiorización semántica de elementos pragmáticos en el paradigma del mandato*, lo que significa que debemos llevar a cabo un proceso similar al que realizamos en relación con los conceptos de la coacción y demás relacionados. Ahora, se trata de hacer la interiorización, dentro del enunciado que describe a las normas, del acto por el cual se crea la norma, *i.e.*, la a en el esquema a(n). En otros términos expresado, colocaremos en el interior de una norma, como parte de su semántica, el acto o los actos por los cuales se crea. Para ello es necesario considerar el acto de emisión de la norma como el contenido de otra norma, *i.e.*, considerar una norma cuyo contenido sea el acto de emisión de otra norma, convertir en contenido de una norma el acto o los actos de emisión de una o más normas. Esto se logra de la siguiente manera:

(1) $\mathbf{O_1(a) \rightarrow !}V\{a(n)\}$

En lo que sigue prescindiremos de escribir "$O_1(a) \rightarrow$...", debido a que nos interesa mostrar el proceso de la segunda interiorización semántica.

Hemos hecho uso del símbolo "!', el cual no forma parte del contenido de la norma, pero indica que se trata de una norma. Para hacer más explícito el esquema, el acto de emisión de una norma tiene sus dimensiones de realización, por lo que debemos indicarlos como contenido de la norma, lo que los convierte en los ámbitos de validez de la norma:

(2) $!V\{a(p, m, t, e)\}$

[22] Cf. Hart (CD. Cap. V).

Este esquema representa la norma que establece un acto de creación normativa. En él no aparece la norma que va a ser creada por el acto respectivo, por el simple hecho de que se está representando la norma que establece el acto de creación normativa y no a éste último, cuya dimensión material de realización está constituida precisamente por la norma creada por el acto. La situación tendría que representarse de la siguiente manera:

(3) !V{a(p, m, t, e)} --- a(p, m(=n), t, e)

Debemos hacer algunas transformaciones adicionales a este esquema: debemos eliminar el indicador externo de la norma, *i.e.*, eliminar "!", introduciendo un operador que internamente nos permita reconocer que se trata de una norma. Este operador lo simbolizaremos con la letra "F". Utilizamos esta letra, en virtud que es la inicial de la palabra "Facultad". Entonces, tenemos:

(4) VF{a(p, m, t, e)}

La formación verbal anterior se refiere a los contenidos de una norma y lo podemos presentar de la siguiente forma:

(F) n_1F{a(p, m, t, e)} --- a(p, m(=n_2), t, e)

El esquema (F) organiza un conjunto de significados normativos desde la perspectiva ofrecida por el concepto de la Facultad, *i.e.,* de la función consistente en la creación del orden jurídico.

Con esto tenemos una norma que establece el acto de creación de otra norma y a la función que lleva a cabo esta norma le hemos dado el operador F, al que entendemos como una facultad.[23]

¿Cuál es la interpretación de este esquema? La norma n_1 establece en su contenido la facultad o el poder de emitir o crear normas por medio de la realización de un acto específico a, al que determina en sus dimensiones de realización. Con lo anterior hemos construido el esquema de un orden jurídico muy simple y elemental, que contiene por lo menos dos normas: la norma n_1F, que establece la facultad de crear normas y la norma a(-, m(=n_2), -, -), como el sentido o significado del acto a. El sentido o significado del acto a es la dimensión material de realización de dicho acto. Debemos representar el caso en que la norma condicionante o superior *determina en su integridad* el contenido de la norma condicionada o subsecuente:

(F') n_1F{a(p, m(x=n_2), t, e)} --- a(p, m(=n_2), t, e)

[23] Cf. apartado 6 *infra* para el concepto de facultad.

Este es el caso de una norma condicionante o superior que delega en un órgano determinado p la creación de una norma específica, indicándole su contenido íntegramente. En vez de que el sujeto emita la norma correspondiente, encarga a otro sujeto para la que la emita, lo faculta para ello determinando íntegramente el contenido de la norma que va a emitirse.

En muchos casos, la norma que faculta no determina íntegramente el contenido de la norma a emitir por el órgano correspondiente, sino que lo instituye como autoridad, dejándolo en libertad para emitir la norma que considere oportuna atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre con el destinatario de la segunda norma. Tenemos, entonces, dos normas: la que faculta y la emitida por el órgano facultado, como puede verse en nuestro esquema (F''):

(F'') $n_1F\{a(p_2, m(\varnothing), t, e)\}$ --- $a(p_2, m(=n_2), t. e)$

En la primera parte, tenemos la norma n_1 que faculta al órgano p_2 a emitir normas con cualquier contenido $m(\varnothing)$, por medio del acto a y determina se lleve a cabo en el tiempo t y en el lugar e. Se ha utilizado el símbolo "$\varnothing$" para indicar la ausencia de contenidos que determinen el contenido de la(s) norma(s) subsiguiente(s) o inferior(es).

En caso de que el órgano creador instituido en la norma n_1 quisiera limitar el contenido de la norma n_2 sería necesario que lo especificara dentro de su ámbito material de validez, restringiendo el contenido posible de la norma dependiente n_2. Esto se hace, de manera general, con disposiciones muy generales, que admiten diversas interpretaciones,[24] que acotan de manera amplia, en menor o mayor medida, el contenido de las normas subsecuentes. Estas acotaciones generales se encuentran en las constituciones modernas que consignan los que se denominan "derechos públicos subjetivos", "garantías individuales y sociales", etc. Más adelante se explicará el proceso intelectual seguido para denominar a estos contenidos como "derechos fundamentales". En el caso de las leyes, la determinación del contenido de las normas condicionadas o inferiores a ellas, es más amplio y detallado, contenido que, a su vez, se incrementa con los reglamentos. Hay tres formas o maneras posibles en que la norma condicionante o superior acota el contenido de la norma condicionada o inferior: el contenido de la norma condicionada puede estar determinado de manera *positiva*, indicando cuál es el contenido que necesariamente ha de tener o respetar; de manera *negativa*, indicando el contenido que nunca puede tener, o de manera *neutral o potestativa*, indicando el contenido que en ciertos casos puede llegar a tener, si

[24] Cf. Kelsen (TPD2. Cap. VIII) y Bayón (DIPJ. pp. 97-101).

así lo decide el órgano creador de la norma subsecuente. En otros términos expresado, la norma condicionante puede determinar el contenido *necesario* Lx, el contenido *excluido* L~x o el contenido *potestativo* ~L~x de la norma subsecuente. En nuestros esquemas, esto lo representamos utilizando el símbolo lógico "**L**" para representar la modalidad de la necesidad, junto con el símbolo lógico de la negación "~":

(5) $n_1F\{a(p_2, m(Lx, L{\sim}x, {\sim}L{\sim}x), t, e)\}$ --- $a(p_2, m(=n_2)(\pm x), t, e)$[25]

En este esquema, en su segundo miembro que representa el acto de ejecución de la norma que indicada en primer término, aparece el símbolo (±x), con el que quiero significar que la norma n_2 puede estar de acuerdo o en discrepancia con el contenido x determinado en cualquiera de las tres formas indicadas en la primera parte de nuestro esquema.

Debemos observar, a continuación, que en los esquemas presentados no necesariamente se contiene solamente un elemento tan simple como (a) realizado por p_2. Podemos pensar en esto:

(6) $n_1F\{a_{2.r}(p_2, m(Lx,L{\sim}x,{\sim}L{\sim}x), t, e)\}$ --- $a_{2.r}(p_2, m(=n_2)(\pm x), t, e)$

en donde el acto $a_{2.r}$ puede ser múltiple, con r = 1,2,3….n, con lo que se tiene la representación de un *proceso de creación normativa*, integrado por diversos actos ordenados temporalmente y en una secuencia determinada.

La regla que establece el proceso de creación de una norma puede ser general o particular. En los sistemas modernos, estas reglas son muchas veces generales.

4. Esquema de un orden jurídico positivo.

Las anteriores consideraciones nos permiten presentar el siguiente esquema del orden jurídico positivo:

Esquema del orden jurídico

Norma o supuesto fundante básico (NFB o SFB):

(0) $n_BF(a_{1.r(p1,\ m(=\mathbf{o}),t,e)})$ (Kelsen)

(0*) $S_BF_1{}^*{}_{(\text{esquema conceptual})}(a_{1.r(p1,\ m(=\mathbf{o}),t,e)})$ (Schmill)

Proceso constituyente:

(1*) $a_{1.r(p1,m(=\underbrace{n_1F_2[a_{2.r(p2,m(\mathbf{z}=\mathbf{Lx,L{\sim}x,{\sim}L{\sim}x}),t,e)}]}_{\text{Constitución derechos fundamentales}})),\ t,\ e)}$

Proceso legislativo:

[25] He empleado el símbolo "L" debido a que, en otro trabajo, desarrollaré una semántica, basado en los conjuntos modelo de Hintikka, tal como han sido aplicados por Snyder. Cf. Snyder (ML).

(2*) $a_{2.r(p2,m(=\underset{\text{Ley}}{n_2}F_3[a_{3.r(p3,m(\mathbf{w}),t,e)}]_{(\pm\mathbf{z})}),\ t,\ e)}$

Proceso reglamentario:

(3*) $a_{3.r(p3,m(=\underset{\text{Reglamento}}{n_3}F_4[a_{4.r(p4,m(\mathbf{y}),t,e)}])_{(\pm\mathbf{Kwz})}),\ t,\ e)}$

Proceso jurisdiccional:

(4*) $a_{4.r(p4,m(=\underset{\text{Sentencia}}{n_4}X^*[a_{5.r(p5,m(\mathbf{x}),t,e)}])_{(\pm\mathbf{KKywz})}),\ t,\ e)}$

Ejecución sentencia:

(5*) $a_{5.r(p6,m[\mathbf{x}](\pm\mathbf{KKywz}),t,e)}$.

Más adelante se explicará la función de la "norma fundante básica" que se encuentra representada en (0) y se discutirá su aceptabilidad teórica. Comencemos con (1), que presenta al proceso constituyente y a la Constitución positiva de un Estado en particular. Conforme a nuestro esquema debe existir un acto y una norma creada, que es el significado del acto. Este acto creador de la norma no necesariamente es un acto unitario, sino que puede ser, y de hecho lo es en la mayoría de los casos, una serie de actos, *i.e.* , un proceso o procedimiento. Para simplificar su lectura y comprensión tenemos

(7) $a_{1.r(p,m(-),\ t,\ e)}$

Es el primer acto creador de una norma o pluralidad de normas de un orden jurídico. El número "1" que se encuentra de manera inmediata después del símbolo "a" se refiere al nivel normativo en la pirámide de normas o, si se tiene una representación secuencial del mismo, es el primer término de la secuencia normativa. La segunda letra "r" se refiere a la pluralidad de actos del procedimiento respectivo, *i.e.,* r = 1,2,3...n. Las dimensiones de realización del acto que se analiza están representadas por "p" (dimensión personal), "m" (dimensión material), "t" (dimensión temporal) y "e" (dimensión espacial). Debe observarse que (2) representa la realización del acto o procedimiento de creación de una norma, establecido o determinado en la dimensión material de realización m del acto creador de la norma precedente o superior. Hay una especial complicación en la dimensión material de realización del acto o proceso constituyente. Tiene esta forma:

(8) $m(=n_1F_3[a_{2.r(p3,m(\mathbf{z = Lx,\ L{\sim}x,\ {\sim}L{\sim}x}),t,e}])$

La dimensión material del acto constituyente es la Constitución misma: es el sentido o significado del conjunto de actos integrantes del proceso constituyente. Se dice que el acto constituyente "crea" o "produce" o "establece" la Constitución. Esta forma de expresión conduce a errores. Las normas constitucionales son la dimensión material de realización de los actos constituyentes. No hay un acto en un procedimiento jurídico que no tenga

un contenido significativo, que es su dimensión material de realización. *Lo que se acostumbra llamar " norma" es el acto o el procedimiento mismo en su dimensión material de realización*. La norma es el producto de un "corte" realizado en las dimensiones de realización del acto correspondiente, organizado de acuerdo con un esquema normativo. En el esquema simplificado de a(n), la norma es el significado del acto, es el contenido significativo del acto de habla o verbal. Por ello sería un error considerar a la norma jurídica como la "consecuencia jurídica" de un acto de promulgación, para emplear la terminología de von Wright, pues con ello se estaría suponiendo que los actos integrantes del proceso son vacíos, *i.e.,* no tienen contenido o significación alguna. Esto lo hemos significado de esta manera:

(9) $m({}_{=}n_{1...})$

lo que significa que la dimensión material del acto constituyente es una norma o conjunto unitario de normas y tiene el subíndice "1" correspondientemente al índice del acto constituyente.

Esta norma n_1, en el esquema, es una norma cuya función esencial es la de establecer facultades jurídicas, *i.e.,* es un conjunto de normas de competencia $m({}_{=}n_1F...)$. Si la norma constitucional es una norma de competencia, lo que significa que es una norma que establece facultades, entonces tiene que especificar los *actos o procedimientos con los cuales se van a crear las normas subsiguientes* en la pirámide jurídica o en el orden secuencial de normas, $a_{2.r}$. En consecuencia,

(10) $m({}_{=}n_1F_2[a_{2.r(p2,m(\mathbf{z = Lx, L{\sim}x, {\sim}L{\sim}x}),t,e}])$

y los actos que son contenido de la norma constitucional $a_{2.r}$ deben tener especificados sus dimensiones de realización (p, m, t, e). Para emplear la terminología tradicional, la constitución n_1 establece los procesos de creación de las normas pertenecientes a la etapa subsiguiente, con todas sus dimensiones de realización (parte orgánica). Pero la constitución también posee lo que se denomina *parte dogmática*, que según se dice, contiene los "derechos fundamentales". En realidad, esta parte dogmática establece los contenidos ***necesarios*** (Lx), los ***excluidos*** (L~x) y los ***potestativos*** (~L~x) de las normas subsiguientes en la pirámide o secuencia normativa.

Si nos fijamos ahora en el renglón subsiguiente del Esquema del orden jurídico, *i.e.,* en (2) tenemos lo siguiente:

(2*) $a_{2.r(p,m(={}_{2}n_2F_3[a_{3.r(p3,m(\mathbf{w}),t,e)}]_{(\pm\mathbf{z})}), t, e)}$

Este esquema debe interpretarse de manera similar al que hemos expuesto del proceso constituyente, sólo que ahora estamos frente al proceso legislativo establecido en la Constitución. La ley creada por el proceso legislativo

tiene un contenido determinado (regulación de la salud, de las instituciones financieras, impuestos, etc.) que hemos simbolizado con la letra w. La ley creada es n_2, la cual se concibe como estableciendo facultades a los órganos subsiguientes p_3 que realizarán los actos de aplicación de la norma de la ley. Por ello, la letra w se encuentra regido por la facultad correspondiente del órgano subsiguiente, puesto que la ley va a determinar cuál es el contenido de la norma subsiguiente. Aquí es necesario señalar algo de suma importancia: la expresión ±z colocada a continuación del paréntesis cuadrado significa que el contenido de la ley w puede estar de acuerdo con el contenido z de la Constitución (+) o en desacuerdo con él (-). Y así se va desarrollando progresivamente el condicionamiento de los actos inferiores. Se me podrá decir que no es correcto concebir todas las normas de la ley como siendo parte de contenidos que establecen facultades. Es posible, pero debe observarse que, por ejemplo, el Código Penal es una ley que establece el contenido de la norma individual de la sentencia dictada por un juez siguiendo el procedimiento establecido en el Código adjetivo correspondiente. Por lo tanto, el Código penal, entendido como parte de una norma que establece facultades, condiciona de manera sustantiva, la validez de las resoluciones judiciales correspondientes. En el caso de que establezca obligaciones directas de sujetos que reúnan ciertas condiciones, de cualquier manera determina la validez del acto respectivo y condicionará la validez de la sentencia que llegare a dictarse en caso de una controversia sobre la regularidad del acto correspondiente. Por tanto, *las normas precedentes de la pirámide jurídica o de la secuencia correspondiente determinan las condiciones de validez de los actos subsecuentes, tanto adjetiva como sustantivamente.*

5. La Norma o Supuesto Fundante Básico (NFB o SFB)

El Esquema del orden jurídico que hemos presentado contiene como primer elemento (0) la estructura fundamental de la NFB, tal como lo concibe Kelsen. En relación con ella no haremos una exposición detallada del concepto que Kelsen tiene sobre la misma, el cual adquirió diversas formulaciones en el curso de su larga actividad teórica de mas de 70 años.[26] Sin embargo, debemos hacer algunas observaciones importantes para comprender su función, algunas de las cuales tienen una dimensión crítica.

1.- La NFB no es una norma positiva. Este enunciado es evidente y Kelsen lo ha enfatizado en múltiples ocasiones. La primera denominación que hizo de ella era "Norma Fundamental Hipotética", con lo que se demuestra

[26] Cf. García Amado (HKNF).

que pensaba en una norma no positiva, sino hipotética, inventada o construida para fines teoréticos.

> La Teoría pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa. (Kelsen TPD1:99)

En este texto se puede observar con toda claridad que Kelsen piensa que es una norma válida y que, además, es hipotética, pues ella, es el fundamento normativo de todo el orden jurídico.

2.- La NFB no puede ser una norma (positiva o no). La razón de ello se encuentra en la siguiente consideración: si fuera una norma, de cualquier naturaleza que se quiera, tendría que ser parte integrante del objeto de conocimiento de la ciencia del Derecho. Dicho objeto, como ya lo hemos afirmado, está constituido por normas. Por lo tanto, la hipótesis fundamental de la ciencia jurídica no puede ser una norma, pues, entonces, tendría que ser parte de su objeto y no la hipótesis central fundamentadora de todas las afirmaciones de la ciencia del Derecho.

3.- La NFB es considerada por Kelsen como un presupuesto epistemológico, en el sentido de la filosofía kantiana. Ello demuestra que no puede ser una norma.

> Pero si se pregunta por el fundamento de validez de la constitución sobre la que descansan todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de las leyes, se llega tal vez a una constitución más antigua, y así por último a la primer constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el *supuesto fundamental de que parte todo conocimiento* (Énfasis añadido por US) del orden jurídico basado en esta constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya. (Kelsen TPD1:98)

En este encontramos una peculiar reunión o mixtura entre la concepción de la NFB como norma y como presupuesto epistemológico: es el "supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico", por lo tanto no es una norma, pues una norma no es ni puede ser el supuesto epistemológico de "todo conocimiento jurídico". Sólo podría serlo, sólo puede afirmarse la existencia de una norma hipotética, si se realiza una peculiar hipostatización del contenido de la NFB: al supuesto epistemológico se le substancializa, se le da un objeto, mejor, se le inventa y, por lo tanto, se considera que existe una norma en el objeto del conocimiento, lo cual es una equivocación epistemológica, desde el punto de vista de la propia filosofía kantiana que aceptaba Kelsen.

4.- Con la NFB se hace explícito el presupuesto necesario epistemológico de todas las afirmaciones hechas tanto por la ciencia jurídica como por los órganos operativos del Derecho cuando llevan a cabo la descripción o adscripción del sentido de sus propios actos. Esto quiere decir que la NFB

se encuentra presupuesta en toda afirmación sobre la validez y el sentido de una norma jurídica.

> Ella (la NFB: Schmill) es sólo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico. No vale como norma positiva, ya que no es producida en el procedimiento jurídico; no es instituida (Gesetzt) sino supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico positivo[...] Con la teoría de la norma fundamental la Teoría pura del Derecho sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial. (Kelsen TPD1: 99-100)

5.- La negación o el rechazo de la NFB es posible y constituye la posición teórica del anarquismo. Transcribiré un párrafo algo extenso, pero muy importante, de Kelsen:

> Precisamente, la Teoría pura del Derecho tiene plena conciencia de ello. Es más, al despojar al deber ser del Derecho positivo de su carácter axiológico-metafísico-absoluto (reduciéndolo a expresión del enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica), *ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter ideológico del Derecho.* No se le oculta que esa significación específicamente normativa de ciertos hechos designada como "Derecho", es el resultado de una interpretación posible que se da ante un supuesto básico dado -que luego ha de precisarse (NFB: Schmill)-, pero no el resultado de una interpretación necesaria; que no puede probarse la existencia del Derecho como la de los hechos naturales y la de las leyes naturales que los dominan; que no es posible refutar con argumentos concluyentes una postura como acaso la del anarquismo teórico, que rehúsa ver algo distinto de la nuda fuerza allí donde los juristas hablan de Derecho. Mas la Teoría pura del Derecho no cree necesario deducir de ahí la consecuencia de que sea menester renunciar a la categoría del deber ser en general, y con ella a una teoría normativa del Derecho, es decir, a una penetración cognoscitiva y elaboración sistemática de los substratos espirituales que ante todo otorgan el sentido del Derecho a los actos naturales que los sustentan. La posibilidad y necesidad de semejante teoría ya ha sido demostrada por el hecho milenario de la Ciencia jurídica...[27]

De este párrafo puede entenderse, que la NFB es un presupuesto epistemológico que tiene por función hacer explícito el sentido inmanente de todos los juicios o proposiciones de la ciencia jurídica y de los operadores del Derecho cuando consideran a éste constituido por normas positivas. Nosotros diríamos: es la regla o proposición normativa que expresa el sentido de todas las normas jurídicas. Es algo parecido a lo que Hart quiere expresar con su distinción entre "verse obligado a.." y "estar obligado a...".[28]

---

[27] Kelsen (TPD1: 64-65).

[28] Hart (CD:103-104).

Por tanto, ¿cómo debemos comprender la función que Kelsen quiere adscribir a la NFB? Considerar el supuesto epistemológico para la comprensión del material jurídico como una norma, constituye una hipóstasis. Es claro que debemos prescindir de toda hipostatización, *i.e.,* de pretender inventar un objeto o cosa correspondiente a un supuesto puramente epistemológico. Si se excluye la hipóstasis normativa, sólo nos queda un puro supuesto que expresa la legalidad inmanente de todo enunciado normativo sobre el material que históricamente se nos ofrece como Derecho. Un enunciado normativo es aquel que hace uso de los conceptos normativos obtenidos de la primera y segunda interiorizaciones. ¿En qué consiste este supuesto? Muy claramente lo expresa nuestro esquema del orden jurídico:

$$(0^*)\ S_B F_1{}^*(a_{1.r(p1,\ m(=\boldsymbol{o}),t,e)})$$

El supuesto consiste en considerar o interpretar, con base en el concepto de la facultad, que los actos del congreso constituyente o el usurpador del que habla Kelsen, han realizado la función de creación de un conjunto de normas denominado "Constitución", *i.e.*, que llevaron a cabo los actos constitutivos del proceso constituyente $a_{1.r}$. Se ha *proyectado* sobre el material histórico el concepto de la facultad, obtenido de haber realizado la segunda interiorización semántica de los elementos existentes en el paradigma del mandato y se le ha comprendido como una función jurídica. Esto significa que se han utilizado los conceptos normativos para la comprensión y explicación del sentido del material dado a la consideración, que en el caso es el proceso constituyente. La utilización de esos conceptos es posible, no necesaria. Si se prescinde de utilizar los conceptos normativos en la explicación del material histórico dado a nuestra consideración, lo que se obtiene es una sociología de carácter naturalista, en donde carecen de sentido todas los enunciados normativos sobre el Derecho. En vez de afirmar que existe un Congreso constituyente, tendría que decirse que hubo una reunión de locos que mancharon con tinta un papel al que llamaron "Constitución" y que por diversas circunstancias emotivas los hombres se encuentran condicionados a realizar cierto tipo de conducta; en vez de afirmar la existencia de una obligación tendrían que hacerse enunciados como los que se encuentran en algunas expresiones de los juristas escandinavos realistas, etc.[29] Moreso, en IDIC: 150 coincidiría en que lo que él llama la RI (regla de identificación) no tiene carácter prescriptivo y es una regla conceptual.

Lo anterior puede mostrarse con el siguiente esquema:

[29] Cf. Weber (CS: 101 y ss).

(11) $S_B F_1{}^*{}_{(\text{esquema conceptual})}(a_{1.r(\text{proceso constituyente})}(p_{1(=\text{órgano constituyente})}, m(\varnothing), t, e))$ --- $a_{1.r(\text{proceso constituyente})}(p_{1(=\text{órgano constituyente})}, m_{(=\text{ n1= constitución})}, t, e))$

donde se ha indicado que es un supuesto que aplica el esquema conceptual de la facultad a los ciertos hechos históricos dados a la consideración del jurista: el proceso constituyente o la emisión de la constitución por un usurpador originario. La aplicación o proyección del esquema conceptual de las normas sobre los actos $a_{1.r}$ del órgano constituyente arroja la existencia de la Constitución entendida como conjunto de normas.

Preveo una objeción inmediata: un supuesto epistemológico no puede tener por contenido el establecimiento de una facultad. Las facultades jurídicas son contenidos de normas positivas que determinan los procesos de creación de otras normas, con todas sus dimensiones de realización. Esto entrañaría una concepción equivocada de lo que quiere decirse. La contestación a esta objeción es la siguiente: es un presupuesto que considera que los actos llevados a cabo por el llamado "constituyente" o usurpador originarios son actos jurídicos con una dimensión creadora de normas. Contiene el esquema conceptual del concepto de la facultad, aplicado o proyectado a esos hechos originarios.

6. Concepto de Facultad (*Ermächtigung, empowerment*)

Los contenidos de las normas jurídicas (con sus ámbitos de validez) que establecen los actos de creación de otras normas jurídicas, quedan comprendidos dentro del concepto de "facultad" (*Ermächtigung, empowerment*). Para explicitar brevemente las expresiones anteriores, es conveniente decir que todos los conceptos jurídicos con los que se construye, en el sentido de la epistemología kantiana, el objeto de estudio de la Jurisprudencia tienen que referirse a las normas jurídicas. Es una teoría del derecho y, por tanto, una teoría de los diversos contenidos de las normas jurídicas. Por lo tanto, podemos afirmar que *el concepto de la facultad identifica a los contenidos de las normas jurídicas objetivas, con todos sus ámbitos de validez, que establecen los actos creadores de otras normas.* Que el derecho regule su propia creación significa que sus normas establecen los actos a los que se les atribuye esa función.

Es importante destacar que los conceptos jurídicos relacionados con la *autopoiesis* del derecho son independientes de los conceptos relacionados con el concepto de sanción, que anteriormente hemos mencionado, *i.e.,* con aquellos que se encuentran en la Estática Jurídica. La facultad no puede reducirse al concepto de obligación, ni al concepto de antijuridicidad, aunque estos conceptos pueden estar relacionados con el de la facultad. Pueden existir sujetos facultados para emitir una norma jurídica sin tener la obli-

gación de hacerlo ni, por tanto, su omisión constituir un acto antijurídico. El Congreso o el Parlamento está facultado para emitir leyes, pero no está obligado a hacerlo y la omisión de legislar en una cierta materia no es un acto antijurídico que se encuentre sancionado, de acuerdo con las definiciones de estos conceptos que hemos expuesto más arriba. Estamos en presencia de una facultad pura y aislada. Por otra parte, hay sujetos facultados para emitir una cierta norma, generalmente individual, que simultáneamente se encuentran obligados a hacerlo, de manera tal que su omisión es el supuesto de una sanción dirigida en contra de ellos. Tengo presente el caso de los jueces: estos son jueces y desempeñan la función de tales porque están facultados para dictar sentencias. Pero existen otras normas que sancionan el no-ejercicio de esas facultades y, por lo tanto, convierten en obligatorio el ejercicio de las facultades jurisdiccionales. Por lo tanto, hay *facultades de ejercicio potestativo* y *facultades de ejercicio obligatorio o prohibido*, dependiendo de si existe otra norma que sancione el ejercicio o no-ejercicio de esas facultades. Este tipo de consideraciones no pueden hacerse en relación con los conceptos de la Estática Jurídica, pues o se convierten en tautologías o en contradicciones. OOp es igual a Op, pues establecer la obligación de cumplir con una obligación es idéntico a estar obligado a p. PhOp es una contradicción normativa. En cambio, tiene sentido OFp, PhFp, PFp.[30]

Puede observarse que existe la tendencia a intentar reducir el concepto de la facultad a los conceptos derivados de la primera interiorización, es decir, a los conceptos de la Estática Jurídica de la teoría kelseniana. Se han presentado las tesis que afirman que la facultad es una permisión, una prohibición, la unión de una prohibición y una autorización, como definiciones y como una obligación implícita para los súbditos. No es este el lugar para exponer cada una de estas tesis, ni de criticarlas en detalle, pero sí se hará la observación central de que todos los intentos de reducir el concepto de facultad (o norma de competencia) a los conceptos deónticos falla en un punto central: <u>ninguno</u>

[30] Más adelante se hará la crítica a las tesis que reducen el concepto de la facultad a los conceptos jurídicos de la Estática Jurídica. Kelsen (ATN), en el capítulo 26, sección II analiza a los actos no facultados *(Nicht-ermächtigte Akte)*, donde se expresa de la siguiente manera: "Por ello, ellos también no "violan" una norma jurídica válida. Sin embargo, que ellos estén prohibidos significa algo distinto a que ellos no estén facultados. El estar no-facultados no los hace actos prohibidos". *Sie "verletzen" daher auch nicht eine geltende Rechtsnorm. Aber dass sie verboten sind, bedeuted etwas anderes als dass sie nicht ermächtigt sind. Das nicht-ermächtigt-sein macht sie nicht zu verbotenen Akte.* (p. 82) En la sección III del mismo capítulo dice: "Los actos facultados por una norma moral o jurídica pueden -aunque no tienen- también ser ordenados. Sólo cuando ellos también son ordenados, su omisión es violatoria de la moral o el derecho". *Der durch eine Moral - oder Rechtnorm ermächtigte Akte kann - muss aber nicht - auch geboten sein. Nur wenn er auch geboten ist, ist seine unterlassung moral - oder rechtswidrig. (p. 83).*

de los conceptos deónticos de permisión, obligación, etc., se refieren a la función específica de la facultad, de ser un contenido normativo que establece las autoridades y los procesos o actos de creación o producción de normas jurídicas. Los conceptos deónticos carecen de esta dimensión conceptual, pues ellos están ayunos de cualquier significado que señale la función de creación normativa. Algunos autores como Alexy[31], Atienza y Ruiz Manero[32], McCormick[33], von Wright[34] y Ruiter[35] hablan de "actos normativos", "cambios normativos" que crean y modifican situaciones y posiciones jurídicas de ciertos sujetos. Esto es plausible, pero al utilizar tal terminología se oculta el hecho de que toda creación o modificación de situaciones o posiciones jurídicas tiene lugar y puede considerarse como existente sólo por medio de la creación, modificación o derogación de normas jurídicas, generales o individuales.

Más arriba presentamos dentro del Esquema del orden jurídico la expresión (1), coincidente con (6), de la norma que establece una facultad, que tiene la siguiente forma:

(6) $n_1F_2\{a_{2.r}(p_2, m(z = Lx, L{\sim}x, {\sim}L{\sim}x), t, e)\}$

En este esquema aparece la norma n_1 que establece una determinada facultad F_2; esto significa que establece un procedimiento de creación de otra norma u otras normas. Este procedimiento está señalado con $a_{2.r}$ Para ejemplificar lo que quiere decirse piénsese en la constitución de un Estado particular. La Constitución n_1 ha sido creada por un procedimiento $a_{1.r}$ (que no aparece en el esquema), el proceso constituyente. Por lo tanto, si la Constitución establece el proceso legislativo, los actos de éste deben simbolizarse con $a_{2.r}$. Esto representa la parte orgánica de la Constitución, debido a que los actos integrantes del proceso correspondiente los lleva a cabo el o los sujetos a que se refiere la dimensión personal de realización de dichos actos.[36] Cada acto del proceso tiene sus dimensiones de realización particulares: quién p, qué m, cuándo t y dónde e. Nos interesa el ámbito material de validez de la norma constitucional $n_1\{-(-,m(\ ),-,-\}$. Se observa que este ámbito tiene un contenido determinado, que hemos representado como (Lx, L~x, ~L~x) que, conforme lo explicado,

[31] Cf. Alexy (TDF: pp. 227 y ss).

[32] Cf. Atienza y Ruiz Manero (PD: Cap. II).

[33] Cf. Atienza y Ruiz Manero (PD: 52).

[34] Cf. von Wright (NA: Cap. X).

[35] Cf. Ruiter (ILF: 9).

[36] Por ejemplo, en México el proceso legislativo consta de siete actos diferentes: $a_{2.1}$ = iniciativa; $a_{2.2}$ = discusión en las Cámaras; $a_{2.3}$ = aprobación por las Cámaras por mayoría absoluta; $a_{2.4}$ = sanción por el Presidente de la República; $a_{2.5}$ = promulgación por el Presidente de la República; $a_{2.6}$ = refrendo por el Secretario de Gobernación y $a_{2.7}$ = publicación en el Diario Oficial de la Federación.

son las normas que establecen los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de las normas dependientes o inferiores a la Constitución, en el caso las leyes. Ellas forman la parte dogmática de la Constitución.

Pues bien, esta parte dogmática de la Constitución tiene también como sujeto referente a los órganos del Estado. En efecto, las normas que regulan el proceso legislativo establecen las conductas que han de realizar los órganos encargados de llevarlo a cabo con el objeto de crear una ley determinada. Por tanto, el ámbito personal de validez de las normas constitucionales está constituido principalmente y de modo directo y fundamental por los órganos del Estado. Hay que formular la siguiente pregunta: los órganos del Estado encargados de elaborar y crear las leyes ¿están obligados a respetar los contenidos necesarios establecidos en la Constitución y tienen prohibido dar a sus normas el contenido excluido por la Constitución, es decir, existe Ox y Ph~x, haciendo la imposible identificación siguiente: Lx = Ox y L~x = Ph~x? La respuesta debe ser negativa, por la razón de que los órganos legislativos, por ejemplo, ejercitan facultades, que es un concepto independiente de los conceptos deónticos derivados de la *primera interiorización semántica*, como lo hemos demostrado más arriba. El concepto de órgano está indisolublemente unido al concepto de facultad: es órgano en tanto y en la medida que ejerce facultades jurídicas. Estarían obligados a ejercer la facultad sólo si existiera otra norma distinta de aquella que les otorga la facultad, que sancionara la realización irregular de los actos facultados.

Siguiendo parcialmente las tesis de Alexy, pero utilizando nuestra terminología y simbología, podemos decir lo siguiente:

Como es sabido, cuando se ejercita una facultad F por el sujeto O_1 se crea (produce o establece) una norma, que es la dimensión material de realización de los actos integrantes del proceso de creación correspondiente.

Si $FO_1(n_2)$ es el símbolo de que O_1 está facultado para dictar la norma n_2, O_2 será entonces el destinatario de la norma creada por O_1. Esto lo podemos simbolizar como $SO_2(n_2)$, en el entendido de que O_2 es el ámbito personal de validez de la norma n_2, *i.e.,*

(12) $SO_2(n_2) = a_{2.r}(O_1, m(= n_2(O_2,-,-,-), t, e)$

Por lo tanto, $SO_2(n_2)$ es el "reflejo subalterno"[37] de $FO_1(n_2)$, para emplear la terminología de Kelsen, por lo que podemos establecer la relación conversa

[37] Cf. Kelsen (TGE:74): "El "derecho" a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el "derecho" a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal "derecho subjetivo", agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro..."

(13) $FO_1(n_2) \leftrightarrow SO_2(n_2)$ y

Facultad Sujeción

| |

$\sim FO_1(n_2) \leftrightarrow \sim SO_2(n_2)$

no-facultad no-sujeción

lo cual expresa que la relación conversa de estar facultado es que otro estará sujeto a la norma creada en ejercicio de la facultad, será el destinatario de la norma creada. No estar facultado para dictar una norma tiene la relación conversa de no estar sujeto o sometido a la norma creada sin tener facultades para ello.

Debe observarse el estricto paralelismo existente entre este esquema y el que ofrece Alexy cuando analiza el concepto de competencia:

Alexy no hablará de normas de competencia, sino directamente de la competencia que tiene un sujeto **a** frente a otro sujeto **b** para crear una posición jurídica determinada. Dice:

> El que **a** pueda modificar la posición jurídica de **b** significa que **a**, a través de su acción, puede crear una posición jurídica de **b** que, en circunstancias similares, no existiría sin esa acción. La posición de **a** puede, por lo tanto, ser descrita de la siguiente manera:
>
> (1) **a** tiene frente a **b** la competencia para crear una posición jurídica PJ de **b**.
>
> Si, de acuerdo con la relación triádica de los derechos, se utiliza "C" como operador triádico de competencia y "PJb" sosbre enunciado sobre la posición de **b**, (1) puede tener la siguiente notación:
>
> (2) Cab (PJb) (Alexy TDF: 234-5)

Afirma que la relación conversa de la competencia es lo que llama "sujeción".

> Si **a** tiene frente a **b** la competencia para modificar una posición de **b**, **b** se encuentra frente a **a** con respecto a esta posición en una relación de sujeción y viceversa. Si se simboliza con "S" la relación de sujeción, vale entonces:
>
> (3) Cab (PJb) ←> Sba (PJb) (Alexy TDF: 235)

Como consecuencia de todo lo anterior, siguiendo el esquema de Hohfeld presenta las cuatro posiciones resultantes en el siguiente esquema de la competencia:

IV Cab (PJb) $\leftrightarrow$ Sba (PJb)

(competencia) (sujeción)

$\neg$ $\neg$

$\neg$Cab (PJb) $\leftrightarrow$ $\neg$Sba (PJb)

(no-competencia) (no-sujeción)

El propio Alexy se encarga de comparar su terminología con la de otros teóricos del Derecho, de la siguiente manera:

> Hohfeld utiliza las expresiones "*power*" (competencia), "*liability*" (sujeción), "*disability*" (no-competencia) e "*immunity*" (no-sujeción). Una terminología parecida a la aquí utilizada se encuentra en Ross: "*competence*" (competencia), "*subjection*" (sujeción), "*disability*" (no-competencia) e "*immunity*" (no-sujeción). (Alexy TDF: 236)

Todo lo anterior es posible traducirlo a problemas y soluciones normativas, si se tiene en cuenta lo afirmado por Alexy en el sentido de que las posiciones de un sujeto se ven creadas o modificados mediante la creación de normas generales o particulares. La creación de una posición de un sujeto se traduce en la creación de una norma que crea dicha posición, en virtud de que ella, la posición, no es otra cosa que el predicado atribuido a un sujeto derivado de una norma que se refiere a él.

7. Los derechos fundamentales como reflejos subalternos de las normas que establecen facultades.

El concepto de derecho subjetivo, en sus usos más comunes, se formula asumiendo el *punto de vista de los particulares*, de los gobernados, de aquellos que se encuentran frente a una pirámide de normas que les exigen obediencia y cumplimiento. *¿Qué predicados pueden aplicarse a la situación en la que se encuentran los sujetos sometidos a una pluralidad de normas creadas, desde el punto de vista de cada uno de los elementos contenidos en la norma que establece una facultad*? ¿Cuál es el sentido de la normatividad, desde el punto de vista de los intereses del destinatario, que establece una norma de competencia? El sentido de la norma superior o condicionante que establece una facultad con todos sus ámbitos de validez, es que un sujeto sólo estará sometido válidamente a la norma creada, si se ejecuta regularmente la norma que establece la facultad. Desde el punto de vista del destinatario de la norma creada, esta sólo puede válidamente afectarle en el caso de que la facultad se haya ejecutado regularmente. Por tanto, pueden hacerse juicios o enunciados que determinen la relación del destinatario de la norma con cada uno de los elementos de la norma que establece la facultad.

¿Qué pasa, qué obtenemos, si contemplamos nuestro esquema de una norma que establece una facultad desde la perspectiva o desde la posición jurídica en la que se encuentra el sujeto de la norma subordinada que es posible sea creada por el sujeto facultado? Para contestar esta interrogante, debe relacionarse a O_2 (como sujeto de la norma n_2) con todos los elementos normativos contenidos en la norma condicionante y contemplar la relación

correspondiente como el reflejo subalterno de cada elemento de la norma condicionante. Con ello, tendríamos:

$D_1(O_2, a_{2.r})$ – reflejo subalterno (derecho) a la regularidad del procedimiento;

$D_2(O_2, O_1)$ – reflejo subalterno (derecho) a estar sujeto a O_1 y sólo a O_1;

$D_3(O_2, m(Lx))$ - reflejo subalterno (derecho) a que la norma n_2 sea conforme con Lx;

$D_4(O_2, m(L{\sim}x))$ - reflejo subalterno (derecho) a que la norma n_2 sea conforme con L~x;

$D_5(O_2, m({\sim}L{\sim}x))$ - reflejo subalterno (derecho) a que la norma n_2 sea conforme con ~L~x;

$D_6(O_2, t)$ - reflejo subalterno (derecho) a que los actos procesales se ejerciten en el tiempo ordenado en la norma;

$D_7(O_2, e)$ - reflejo subalterno (derecho) a que los actos procesales se ejecuten en el lugar ordenado en la norma.

Esto posibilita la concepción de los derechos subjetivos como relaciones diádicas, lo que explica que el primer término de la relación siempre es O_2 en las relaciones $D_{1\text{-}7}$. Los derechos son la contrapartida, el reflejo, de cada uno de los elementos de la norma que establece una facultad, en la medida que se contemplan desde el punto de vista de los intereses del destinatario de la norma creada en ejercicio de la facultad.

Cada uno de estos derechos expresa la relación subjetiva normativa del individuo sometido a la norma creada, *i.e.,* del sujeto que colma el ámbito personal de validez de la norma creada. Esta posición o situación es el tipo de relación que tiene el sujeto mencionado con las normas condicionantes.

Estos derechos son "fundamentales" si se toma como punto de referencia para hacer la construcción del reflejo subalterno, los preceptos de la Constitución, que es la norma fundamental positiva de un orden jurídico.

Por lo tanto, como conclusión podemos decir que los derechos subjetivos fundamentales son, conforme al uso corriente de estos vocablos, los correlatos de las normas condicionantes, los reflejos subalternos que expresan los intereses de los individuos particulares en relación con las normas del Derecho, siempre que se trate de los elementos que se encuentran contenidos en las normas que establecen facultades.

De lo anterior se observa que los derechos fundamentales surgen teóricamente en el momento en que los métodos para construir los reflejos subalternos se aplican a los contenidos normativos que caen en el dominio del concepto de facultad, que es el producto de la *segunda interiorización semántica*, tal como la hemos expuesto anteriormente.

7.1. Complementariedad

Dada nuestra concepción de los derechos subjetivos fundamentales, o mejor, nuestra construcción conceptual de uso de la expresión "derechos fundamentales", es posible invertir la relación central determinante del concepto de derecho subjetivo y expresar el objeto y la función fundamental que determina el reflejo subalterno cuando se atiende a los intereses de los sujetos individuales que se encuentran frente al orden jurídico. Se trata de hacer a un lado el reflejo y ver el objeto o la operación reflejada en el concepto del derecho subjetivo fundamental. Entonces nos encontramos con el concepto de la facultad y el ejercicio regular de ellas. La irregularidad en el ejercicio de las facultades se traduce en la terminología de los derechos subjetivos fundamentales como violación a los derechos fundamentales.

8. La nulidad y la derogación.[38]

Con objeto de completar la exposición, quisiera presentar los esquemas de las normas que establecen la derogación y la anulación de una norma. De manera convencional podemos distinguir conceptualmente a la derogación de la anulación de una norma.

Tanto la derogación como la anulación (nulidad) son el contenido de una facultad, consistente en la fijación de la fecha final **ff** del ámbito temporal de validez (vigencia) de una norma, hecha por un órgano jurídico. No hay actos de derogación o de anulación implícitos. Toda función jurídica debe concebirse como una función positiva, es decir, puesta o establecida por un acto orgánico. Convencionalmente podemos distinguirlas diciendo que la derogación es la fijación incondicionada de la fecha final de vigencia de una norma, generalmente hecha por el mismo órgano que la estableció; en cambio, la anulación es la fijación de la fecha final de vigencia de una norma hecha condicionalmente, generalmente por un órgano distinto del que la creó. En lo que sigue, utilizaremos la expresión "anulación" para referirnos indistintamente a la anulación y a la derogación.

La facultad para anular una norma tiene la siguiente estructura general:

(14) $n_jF_{nul}(a_i(p,m,t,e))$

El contenido del acto que establece la nulidad de una norma, *i.e.,* en nuestro esquema m, está por la fijación condicionada de la fecha final de vigencia (ff) de una norma. En lo que sigue haremos más explícito este concepto.

[38] Cf. Kelsen (TGE), (TGDE) y (D); Schmill (DAAT) y (RPTD); Aguiló (SD); Alexy (TDF) y Alchourrón y Bulygin (CEN).

La norma que establece la facultad de anulación condicionada de otra norma tiene la siguiente estructura:

(15) $n_jF_{nul} = n_jF_{nul}(a_i(p, m(n_{k(p,m,t(-,c^* \text{-->} ff),e)}), t, e))$

lo que significa que existe una norma n_j que establece la facultad de nulificar la norma $n_k(p,m,t,e)$, lo que significa que determina de manera condicionada la fecha final ff del ámbito temporal de validez de la norma.

Corolario de lo anterior es que la derogación y la anulación no pueden ser concebidas como sanciones, por varias razones, que no es el caso exponer en este lugar, de las cuales la fundamental es que la facultad no se reduce (y no puede explicarse) con los conceptos de la Estática jurídica en el sentido de Kelsen, *i.e.,* con los conceptos derivados de la primera interiorización.

8.1. Derogación.

Debemos distinguir dos casos generales que se pueden presentar en el momento de emisión de cualquier norma n_j:

1. El órgano que emite la norma n_{j+1} fija su fecha inicial de validez fi del ámbito temporal **t** y lo mismo su fecha final de vigencia ff, en el mismo acto o en actos diferentes. Entonces

(16) $n_jF(a_{i+1(p,m,t,e)}) \text{--} a_{i+1}(p, m(= n_{j+1(p,m,t(fi,ff),e)}), t, e)$

Estos son los casos de la emisión transitoria de normas, emitidas para atender una situación urgente o temporalmente limitada, como un estado de emergencia.

Pero lo más común es que el órgano creador de la norma n_{j+1} solamente fije la fecha inicial de la vigencia fi, dejando indeterminada la fecha final de la vigencia ff:

(17) $n_jF(a_{i+1(p,m,t,e)}) \text{--} a_{i+1}(p, m(= n_{j+1(p,m,t(fi,\text{--}),e)}), t, e)$

La derogación consiste en la realización de un acto a_{i+1} del mismo órgano que creó la norma, siguiendo el mismo proceso de creación, cuyo contenido es la fijación o establecimiento de la ff del ámbito temporal t de esa norma.

(18) $n_jF(a_{i+1(p,m,t,e)}) \text{--} a_{i+1}(p, m(= n_{j+1(p,m,t(-,ff),e)}), t, e)$

8.2.- Nulificación

La segunda posibilidad que se presenta es cuando otro órgano está facultado para nulificar condicionadamente una norma. Por tanto, tiene que existir una norma que faculte la fijación de la ff de t de la otra norma.

(19) $n_jF_{nul} = n_jF_{nul}(a_{i+1}(p, m(= n_{k(p,m,t(-,c^* \text{-->} ff),e)}), t, e))$

¿Qué dice esta fórmula? La norma n_j que establece la facultad para anular otra norma, como acontece con los tribunales constitucionales, establece el proceso de creación a_{i+1} de la norma anulatoria, cuyo sentido es la fijación condicionada de la fecha final de vigencia de la norma anulada $n_{k,}$ o sea, c* →ff.

En el caso, el ámbito material de validez de la norma anulatoria, su contenido, está referido a la norma respecto de la cual va a establecer la fecha final ff del ámbito temporal de n_k, si se dan ciertas condiciones, como por ejemplo, que se establezca su contradicción con otra norma, es decir, alguna irregularidad. El establecimiento de la fecha final ff de t condicionado a la realización de ciertos supuestos o condiciones, está representado por t(-, c* →ff), en el que aparece un condicional, cuyo antecedente es c* y cuyo consecuente es ff. *Todos los posibles casos de irregularidad encuentran aquí su lugar sistemático*, como lo vamos a ver más adelante cuando toquemos el tema de la derrotabilidad de las normas. Es necesario destacar que en la casi totalidad de casos de anulación condicionada, el antecedente del condicional consiste en la determinación de una posible contradicción o irregularidad entre la norma anulada y otra u otras que se toman como marco de referencia para determinar la irregularidad. Las normas condicionantes (superiores) son las que proporcionan los criterios de irregularidad, como hemos visto. Ellas llevan a cabo dos funciones:

1. Establecen el procedimiento de creación de las otras normas y
2. Sirven de criterio de anulación de una norma por su irregularidad.

Como la norma que se anula tiene sus ámbitos de validez, la fijación de la ff de su ámbito temporal tiene que determinar el *status* de cada uno de esos ámbitos, como resultado de la fijación de esa fecha final de la vigencia. Lo que quiero decir es que la norma anulatoria, al establecer la fecha final de su vigencia ff de otra norma, puede hacerlo con referencia a la totalidad de los elementos de la norma o sólo a alguno de ellos. La regla general y más simple es la fijación lisa y llana de la ff, comprendiendo a todos los ámbitos de validez de la norma derogada.

9. Derrotabilidad

Debemos ahora establecer las relaciones entre este esquema del orden jurídico positivo y los problemas que han sido tratados últimamente en diversos ámbitos académicos bajo el rubro de la "derrotabilidad".

Intento demostrar que la derrotabilidad del Derecho debe entenderse como anulabilidad. La forma de hacerlo consistirá en presentar los argumentos de la siguiente manera:

Debemos en primer lugar exponer el concepto de la derrotabilidad de un enunciado condicional. Una caracterización muy clara de esta clase de

enunciados la encontramos en von Wright, quien se expresa en los siguientes términos:

> Si p *por sí misma* implica q, entonces la conjunción del antecedente ("p") con *cualquier* proposición diferente de él también implica q. La operación de pasar de "si p entonces q" a "si p&r entonces q" es denominada la operación del refuerzo del antecedente.
>
> Si p por sí misma no implica q, el condicional que dice que si p entonces q se denomina *derrotable*. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación de refuerzo del antecedente.[39]

Los problemas acerca de la derrotabilidad de las normas han surgido del intento repetido de hacer una reconstrucción lógica de los órdenes jurídicos. Algunos rendimientos importantes se han obtenido. El profesor argentino Carlos Alchourrón investigó en la última etapa de su vida el problema lógico de los enunciados condicionales derrotables, es decir, de aquellos enunciados condicionales cuyo antecedente es una condición necesaria, pero no una condición suficiente, del consecuente del condicional. Dice:

> En el lenguaje corriente las construcciones condicionales de la forma "Si A entonces B" son frecuentemente usadas de un modo tal que no se pretende con ellas afirmar que el antecedente A es una condición suficiente del consecuente B, sino sólo que el antecedente, sumado a un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto de emisión del condicional, es condición suficiente del consecuente B. Este es el caso, por ejemplo, cuando se afirma, con relación a una cierta muestra de gas, que su volumen aumentará si se eleva la temperatura, suponiendo en el contexto que la presión se mantendrá constante. La afirmación condicional es derrotada cuando alguno de los presupuestos implícitos es falso. Un condicional derrotable también puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas. [40]

Uno de los investigadores que se han dedicado a estudiar el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, Pablo Navarro, expresa con claridad cuáles son los problemas surgidos en los análisis jurídicos sobre la *derrotabilidad.*

> El desafío de la derrotabilidad puede ser presentado de una manera simple: las normas jurídicas nunca ofrecen razones concluyentes para justificar una decisión institucional. En el mejor de los casos, las normas válidas ofrecen una (buena) razón que tiene que ser incorporada al balance de razones para la acción. Por consiguiente, la calificación normativa de una acción dependerá del resultado de este balance de razones antes que de la característica atribuida a esa acción por las normas en cuestión. En el caso de las normas jurídicas, el problema de la derrotabilidad aparece principalmente vinculado a la reconstrucción de las normas condicionales. En particular, si se admite que las normas correlacionan circuns-

[39] von Wright, ©

[40] Alchourrón (DL. p. 23).

tancias genéricas con soluciones normativas, entonces surge la pregunta acerca de la validez de las inferencias normativas que se basan en el uso del Modus Ponens o el refuerzo del antecedente del condicional. Por ejemplo, supongamos que admitimos que una norma correlaciona la acción de matar a una persona con la obligación de aplicar una determinada sanción. La acción de matar es una condición suficiente para establecer la obligación de aplicar una sanción. Dado que el homicidio es condición suficiente para la obligación de castigar, se sigue lógicamente que si el homicidio es cometido con ensañamiento entonces se mantiene la obligatoriedad de aplicar el castigo. Sin embargo, intuitivamente parece que matar con ensañamiento y matar por piedad no merecen el mismo reproche. Por esta razón a menudo se sostiene que, dado que el legislador no puede prever las infinitas circunstancias que deparará el futuro, las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa. Algunas veces estas excepciones han sido introducidas por el mismo legislador, mientras que en otras ocasiones, estas excepciones están implícitas y deben ser identificadas al momento de la aplicación de las normas. [41]

En un enunciado condicional derrotable, el antecedente del mismo se puede encontrar sujeto a condiciones no explícitas, de manera que la existencia de una ellas produce la falsedad del condicional. Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar lo expresan de esta manera muy clara:

El antecedente en un condicional derrotable "p > q" consiste en un enunciado complejo de la forma "(p • ~(r v s v…)) → q", es decir, si p es verdadero, y no se dan r, s u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q, de manera que el condicional derrotable "p > q" significa que el antecedente p, *conjuntamente con todos los presupuestos a él asociados*, es una condición suficiente del consecuente. [42]

Conforme al esquema del orden jurídico que hemos presentado más arriba, las normas dependientes o inferiores se encuentran sometidas a varias restricciones, que derivan del contenido de las normas condicionantes.

Proceso Constituyente

$$(1^*)\ a_{1.r(p1,m(=\ \underset{\text{Constitución}}{n_1}F_2[a_{2.r(p2,m(\mathbf{z = Lx,\ L{\sim}x,{\sim}L{\sim}x}),t,e}\underset{\text{derechos fundamentales}}{]})),\ t,\ e)}$$

Proceso Legislativo

$$(2^*)\ a_{2.r(p2,m(=\ \underset{\text{Ley}}{n_2}F_3[a_{3.r(p3,m(\mathbf{w}),t,e)}](\pm\mathbf{z})),\ t,\ e)}$$

Este esquema presenta el acto constituyente y su producto la norma constitucional n_1, la cual establece fundamentalmente facultades para la creación de normas por parte de los órganos del Estado. El contenido de estas facultades está representado por los actos $a_{2.r}$, los cuales tienen seña-

[41] Navarro (SNDCD. p. 9).

[42] Rodríguez y Sucar (TD. p. 278).

ladas sus dimensiones de realización específicas. También presenta el acto legislativo y su producto, la ley.

En (2) se encuentra representado el proceso legislativo ($a_{2.r(\ldots)}$) y su producto la ley n_2. Esta ley tiene un contenido cualquiera, representado por la letra w y se indica que este contenido puede estar de acuerdo o en conflicto con el contenido de la Constitución *i.e.,* (± z). Esto significa, precisamente, que el contenido de las leyes es derrotable, con base en el contenido de la constitución. La razón es muy simple: el contenido de la ley puede ser presentado en la forma de normas condicionales, en donde las consecuencias jurídicas sean las calificativas deónticas de ciertas conductas. Debe hacerse la expansión de esos enunciados deónticos con todas las condiciones implícitas que están establecidas en las normas constitucionales, de manera que *todas las normas de la ley tienen proyectadas en su supuesto o antecedente las condiciones formales o adjetivas y las materiales o sustantivas establecidas en la constitución*, condiciones que de no cumplirse producirán la anulación de la norma legal que califica deónticamente una conducta. Explicitemos este concepto.

9.1. Derrotabilidad formal o adjetiva

Aquí debemos hacer una distinción muy importante: me refiero a las normas derrotables de manera formal o adjetiva (*derrotabilidad adjetiva*) y normas derrotables de manera material o sustantiva (*derrotabilidad sustantiva*). Expondremos a continuación el concepto de la derrotabilidad adjetiva.

En nuestro esquema (2) podemos distinguir dos partes esenciales o fundamentales: el conjunto de actos procedimentales creadores de la norma subsecuente

(20) $a_{2.r(p,m(-),t,e)}$

y la norma creada por el proceso respectivo, especificada dentro de la dimensión material de realización de los actos del procedimiento

(21) $a_{2.r(-,m(=\underbrace{n_2F_3[a_{3.r(p3,m(\mathbf{w}),t,e)}]_{(\pm \mathbf{z})}}_{\text{norma creada}}),-,-)}$

Analicemos, en primer término, la derrotabilidad formal o adjetiva. Supondremos que se quiere expresar el contenido conjunto de la ley w por medio de enunciados condicionales p → X*q (donde X* = **O, P, Ph, F**). Si simbolizamos el condicional derrotable como p > X*q, entonces el contenido conjunto de la ley, debe propiamente ser representado de la siguiente manera: $p \bullet a_{2.r} \rightarrow X^*q$

Si suponemos que el proceso legislativo establecido en la Constitución consta de siete etapas, nuestra formula del condicional derrotable de manera formal o adjetiva, adquiere la siguiente forma:

(22) $p \bullet (a_{2.1}(\ ) \bullet a_{2.2}(\ )_{\ldots} \bullet a_{2.7}(\ )) \rightarrow X^{*}q$

¿Qué acontece si alguno de los elementos de la conjunción que está entre paréntesis, que representa los siete actos integrantes del proceso legislativo en la Constitución mexicana de 1917, es irregular, *i.e.*, si no se corresponde con lo previsto por la Constitución que los establece como partes integrantes del procedimiento legislativo? Convierte al condicional puro en un condicional derrotable. Cada uno de estos actos puede ejecutarse de manera irregular. La realización irregular de cualquiera de estos actos es un elemento que derrota el condicional $p \rightarrow X^{*}q$. En realidad, existen 2^{7}–1 casos de irregularidad, en el ejemplo del proceso legislativo mexicano, si se toma cada uno de los actos mencionados como unitarios, teniendo que cumplir un sólo requisito para su validez. 2^{n} con n =7 es el número de casos posibles, *i.e.*, 128 casos posibles. Uno de ellos cumple con todos los actos del proceso, por lo que no es un caso de irregularidad, mientras que los demás casos representan alguna irregularidad, i.e., 127 casos. Por ello, el contenido de la ley creada puede representarse así:

(23) $p \bullet (a_{2.1} \bullet a_{2.2\ \ldots.}a_{2.7}) \rightarrow X^{*}q$

lo cual significa que el enunciado condicional que describe el contenido de una ley es derrotable, en caso de que alguna de las condiciones adicionales se ejecute irregularmente, lo que significa que la ley contiene condiciones implícitas consistentes en la realización regular de los actos integrantes de su proceso de creación. Es importante indicar que este es el sentido de las normas constitucionales y legales que forman un orden normativo. La norma condicionante realiza dos funciones estrechamente conectadas entre sí que es conveniente señalar en este lugar:

Uno, establece los actos creadores de las normas subsecuentes, los cuales tienen especificadas sus dimensiones de realización, de entre los cuales es de especial importancia la dimensión material, pues ella contiene el sentido jurídico de los actos;

Dos, constituye el criterio con base en el cual se determinan las posibles irregulares en la realización de esos actos del proceso de creación de la o las normas. Esta es la característica definicional de las normas que establecen facultades, conforme al criterio de Bulygin de las normas de competencia.

La primera función puede denominarse *función reguladora de los actos de creación normativa*; la segunda *función del criterio de regularidad de los actos de creación normativa.*

Importa destacar que la expansión de p, *i.e.*, $fp = a_{2.1} \bullet a_{2.2....}a_{2.7}$ generalmente es conocida en abstracto, por el contenido de la Constitución, pero la irregularidad concreta realizada permanece siendo una incógnita, pues habrá que determinarla específicamente a través de otro procedimiento jurídico. Por ello, es conveniente representar los elementos que podrían derrotar el condicional descriptivo del contenido de la ley de la siguiente manera:

(24) $p_i \bullet (a_{2.1} \bullet a_{2.2}\ldots a_{2.7})(?) \rightarrow X^*q$

en donde el signo de interrogación está precisamente por esa indeterminación. En realidad la norma condicionante contiene los criterios de irregularidad, *i.e.*, los criterios que permitirán la construcción de los condicionales derrotables de las normas condicionadas. Toda norma de la ley creada contiene la *cláusula implícita* siguiente:

(25) $f_{reg}p = a_{2.1} \bullet a_{2.2....}a_{2.7}(?)$[43]

Una manera general de presentar esta *cláusula implícita de la derrotabilidad* sería la siguiente:

(26) $p \bullet \sim(\sim a_{2.r} \vee \sim a_{2.r....}\sim a_{2.n})(?) \rightarrow X^*q$

en donde X* esta por los operadores P, O, Ph y F. El signo de interrogación que aparece a continuación de los elementos que pueden derrotar el condicional tiene el siguiente significado: estos elementos que derrotan el condicional están implícitos en él y no los concebimos como "dados", sino que siempre son problemáticos en el sentido de que deberán ser probados ante un órgano público y ser establecidos de manera positiva.

9.2. Derrotabilidad material o sustantiva

Pero ~z, como $\sim a_{i.r}$, es una irregularidad, por lo que cualquier condicional normativo que lo contenga es derrotable, en tanto admite la anulabilidad de esos condicionales para el caso de exista alguna irregularidad en la ley en relación con el contenido de la constitución. En este caso, estamos en presencia de una inconstitucionalidad material. Por tanto,

$p \bullet (\sim z) \rightarrow \sim(X^*q)$, *i.e.,* el condicional normativo es derrotable y esto quiere decir, es anulable, como veremos más adelante. Aceptemos provisionalmente que el esquema inmediatamente anterior expresa la derrotabilidad del condicional normativo. ~(X*q) representa la derrotabilidad y deberá ser explicitada posteriormente como anulabilidad. Si queremos presentar de manera conjunta los elementos implícitos que pueden derrotar, tanto adjeti-

[43] Ya Hart había observado que las reglas jurídicas pueden concluir con la expresión "a menos que…". Hart (CD. p. 174).

va como substantivamente, los condicionales normativos, tendremos lo siguiente (los elementos entre paréntesis derrotan al condicional normativo):

(27) $p \bullet (\sim z \vee \sim a_{2.r}) \rightarrow \sim(X^*q)$, con r = 1,2,3…n.

Por ello, siguiendo el mismo método que hemos presentado con anterioridad, debemos indicar en nuestro esquema general de un condicional derrotable (29) que describe una norma legal, los elementos materiales que lo derrotarán:

(28) $p \bullet \{[\sim(Lx, L\sim x, \sim L\sim x)] \vee [\sim a_{2.1} \vee \sim a_{2.2....} \sim a_{2.7}]\}(?) \rightarrow \sim(X^*q)$

Expresado lo anterior en palabras, este esquema representa que el enunciado que describe una norma cualquiera que bajo cierta condición establece como obligatoria (permitida, prohibida o facultada) una cierta conducta $p \rightarrow X^*q$, es derrotable cuando se pueda llegar a comprobar que existió alguna irregularidad en el proceso de su creación (irregularidad adjetiva o procesal) ($\sim a_{2.1} \vee \sim a_{2.2....} \sim a_{2.7}$) o tiene un contenido que se encuentra en contradicción con las determinaciones constitucionales que lo determinan de manera necesaria, excluida o potestativa (irregularidad material o sustantiva) $\sim z(=\sim(\mathbf{L}x, \mathbf{L}\sim x, \sim\mathbf{L}\sim x))$

De igual manera debe procederse tratándose de las demás etapas del orden jurídico, tal como aparece en el esquema, en donde la derrotabilidad de las normas condicionadas va complicándose, en virtud de que los condicionamientos materiales y formales van incrementándose en número y complejidad. Las normas condicionantes establecen los criterios de derrotabilidad de las normas condicionadas, tanto con carácter material o substancial como procesal o adjetivo.

La derrotabilidad de las normas condicionadas significa la irregularidad de los actos de su producción o de su contenido con el que la norma condicionante determina. Las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos derrotables tienen que tener una base positiva, es decir, un enunciado que describe una norma como un condicional derrotable, para ser verdadero tiene que poder verificarse que se ha determinado positivamente la irregularidad y decidido (positivamente) su nulidad.

9.3. La derrotabilidad como anulación condicionada.

Debemos ahora explicar el significado jurídico de la derrotabilidad de una norma n_j. La derrotabilidad de un condicional normativo significa que la norma puede ser anulada por parte del órgano competente, cuando ante éste, en el procedimiento correspondiente, se ha demostrado la existencia de uno o varios de los elementos que derrotan al condicional normativo. La anulación de una norma, según lo expuesto, consiste en la fijación posi-

tiva de la fecha final ff del ámbito temporal de la norma, *fijación que está condicionada por los elementos que derrotan al condicional normativo*. La derrotabilidad de una norma es su nulificación positiva por existir alguna irregularidad en los elementos que constituyen la expansión del antecedente del condicional normativo.

En (22) establecimos lo anterior de la siguiente manera:

(29) $n_jF_{nul} = n_j(a_{i+1}(p, m(= n_{k(p,m,t(-,c^* \dashrightarrow ff),e)}), t, e))$

La norma n_k designada por el condicional derrotable que expresa su sentido, es nulificada cuando se establece la fecha final de su ámbito temporal de validez $n_k(p,m,t(-,c^* \rightarrow ff),e))$. En otros términos expresado, todo lo que se ha expuesto sobre la *derrotabilidad no es otra cosa que la explicitación de las condiciones c* que deben establecerse positivamente para que se establezca la fecha final ff del ámbito temporal de validez de la norma n_k en cuestión.* Por lo tanto, sintetizando (22) con (28) obtenemos la descripción de la norma que nulifica positivamente a otra:

(30) $n_j(a_{i+1}(p,m(=n_k(p,m(=w\bullet(z \bullet a_{2.r}) \rightarrow X^*q),t(fi,(\sim z \vee \sim a_{2.r}) \rightarrow ff),e)),t,e))$

Para facilitar la lectura y entendimiento de (31) debe observarse que, en primer término, existe una norma n_j que establece los actos creadores de otra norma $a_{i+1}(p, m(= n_k), t, e)$. En el esquema se establecen los ámbitos de validez de la norma creada n_k; nos interesa destacar la estructura interna de su ámbito material de validez $m = w\bullet(z \bullet a_{2.r}) \rightarrow X^*q$. Esta norma tiene la forma canónica que hemos usado en este ensayo. Adicionalmente, en esta norma n_k se analiza su ámbito temporal de validez t, que tiene la siguiente forma:

$t(fi,(\sim z \vee \sim a_{2.r}) \rightarrow ff)$, que muestra la fijación, de manera condicional, de la fecha final ff de validez de la norma porque se ha establecido que se han dado ciertos supuestos de irregularidad, *i.e.,* $(\sim z \vee \sim a_{2.r})$. Esto significa que la norma n_k ha sido derrotada de manera positiva por el acto a_{i+1}.[44] Por otra parte, en relación con la dimensión personal de realización del acto nulificatorio de la norma, existe una problemática importantísima, que no es el caso exponer en este lugar. Al respecto debe consultarse, por su gran utilidad y

[44] En Kelsen (TGE) de 1925 me encontré, como acontece en todas las obras clásicas, el siguiente párrafo, con el cual concuerdo íntegramente: "También la nulidad ha de ser "jurídica", es decir, establecida en un procedimiento ordenado por el Derecho. El orden jurídico no puede enlazar la nulidad de un acto sino a un juicio de nulidad, expresado en un acto jurídico *ad hoc*; pues cuando el orden jurídico determina que un acto debe ser nulo bajo ciertas condiciones, tiene que determinar también quién ha de decidir acerca de si dichas condiciones existen y si, por tanto, ha de seguirse la nulidad. (p. 360) Igualmente dice Alexy con gran claridad: "El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud, sino a la nulidad o a la deficiencia del acto". Alexy (TDF. p. 233).

profundidad, el capítulo 41 de la TGE de Kelsen denominado "Posición del órgano en la jerarquía del orden estatal". (pp. 370-385)

Entonces, debemos presentar la siguiente tesis: como las normas condicionantes o superiores están presentes de manera implícita en las normas condicionadas o inferiores, *el sentido todo del orden normativo es la derrotabilidad de sus normas por la operancia en las normas expresadas de manera condicional de los contenidos y requisitos establecidos en las normas condicionantes*. Las normas condicionantes están proyectadas implícitamente en las normas condicionadas o subsecuentes, lo que las hace derrotables. Toda norma condicionada o subsecuente tiene, entonces, la siguiente forma: $p > X^*q$ en la medida en que establece p como condición necesaria y no como condición suficiente de la consecuencia X^*q. Las normas condicionantes operan como reglas que permiten la expansión de p. Entonces, si queremos presentar las expansiones adjetivas y sustantivas de una ley para expresar a la norma de manera completa, encontramos un esquema como el siguiente:

(31) $p \bullet (a_{2.r} \bullet z) \rightarrow X^*q$

en donde el contenido de la ley no contradice las condiciones adjetivas ($a_{2.r}$) y sustantivas (z) establecidas en las normas condicionantes, por ejemplo, de la constitución. El condicional normativo es inderrotable. Cualquiera de las negaciones de las condiciones adjetivas o sustantivas, *i.e.*, cualquier clase de irregularidad establecida positivamente tiene por consecuencia el establecimiento positivo de la fecha final del ámbito temporal de validez de la norma en cuestión, lo que es equivalente a la anulación de la norma.

Estos conceptos deben hacerse transitar por todas las etapas del orden jurídico. Nos hemos constreñido al análisis de la forma en que operan en las relaciones entre la constitución y una ley. Las mismas relaciones se presentan entre la ley y los reglamentos o entre éstos dos y las resoluciones administrativas o las sentencias, de modo que la norma condicional inderrotable de una ley que tiene la forma $p \bullet n_i(a_{i.r} \bullet z_k) \rightarrow X^*q$, se convierte en la siguiente en las etapas subsiguientes en un condicional normativo más complicado que tiene la siguiente forma:

(32) $p \bullet {}_{const}(a_{2.r} \bullet z_k) \bullet {}_{ley}(a_{3.r} \bullet z_{k+1}) \bullet {}_{regl}(a_{4.r} \bullet z_{k+2}) \rightarrow X^*q$

con lo que se quiere expresar que los actos procesales y la determinación del contenido de la norma condicionada se encuentran ajustados a las normas que los instituyen. Por ejemplo, ${}_{const}(a_{2.r} \bullet z_k)$ significa que en la constitución están establecidos tanto el contenido de la ley z_k como el procedimiento de su creación $a_{2.r}$ y existe regularidad en ambos.

Una última observación: puede hacerse caso omiso de $n_i(a_{i.r} \bullet z_k)$ y convertir en inderrotable la norma condicional $p \rightarrow X*q$; con ello, se disuelve el orden normativo, no se permite que las normas condicionantes lleven a cabo su función específica y, por tanto, se genera un nuevo orden, si la norma en cuestión se convierte en un elemento que puede derrotar a las normas condicionadas subsiguientes. Entonces, se habrá establecido una revolución, la cual es más probable en la medida en que se hagan intervenir elementos de derrotabilidad que no tienen carácter de normatividad positiva: moralidad, iusnaturalismo, posiciones políticas o económicas, etc. .

En resumen, bajo una concepción estrictamente positivista del orden jurídico, en este ensayo se ha afirmado la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas condicionales debido a que las normas condicionantes o superiores se encuentran proyectadas en el antecedente del condicional normativo como elementos que lo derrotan. Por ello, un conjunto de normas forma un orden, una unidad, si las normas condicionantes funcionan como elementos que derrotan a las normas condicionadas. Además, la derrotabilidad de las normas jurídicas condicionadas debe cumplir con el requisito de la positividad y consiste en la anulación positiva de aquellas normas en las que aparece una irregularidad formal o substancial.

10. Conclusiones

En este ensayo hemos intentado hacer una reconstrucción de algunos de los conceptos, los más importantes y fundamentales, es decir, primarios, que pueden derivarse del concepto de la Facultad. Para ello, hemos hecho uso de las dos interiorizaciones semánticas de las implicaturas que pueden obtenerse del modelo del mandato, con lo que puede hacerse una reconstrucción conceptual de las tesis contenidas en las partes de la obra de Kelsen que denomina *Nomoestática* y *Nomodinámica*. En especial, el concepto de la Facultad permite comprender de manera unitaria las funciones de la Dinámica jurídica, es decir, de las fuentes del Derecho y de la *autopoiesis* del mismo. Esto nos permitió exponer una representación de la estructura del orden jurídico positivo del Estado moderno. Se analizaron los conceptos de la derogación y de la nulidad, así como el de la derrotabilidad adjetiva o procesal y sustantiva, el que se encuentra íntimamente relacionado con la anulabilidad condicionada de las normas.

Debido a la extensión del trabajo se omitió la exposición de otros conceptos jurídicos secundarios o derivados, como los de la identidad del Estado y el Derecho, los órganos del Estado, la posición de éstos en la jerarquía del orden jurídico, la separación de poderes y las formas de Estado, entre otros. Toda teoría que se construya sobre las normas de competencia debe estar en la posibilidad de ofrecer una solución a todos estos temas de la teoría jurídica.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **CEN** *La Concepción Expresiva de las Normas* en "Análisis Lógico y Derecho". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **IMCJS**. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Astrea. Buenos Aires.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **NJ**. "Norma giuridica" en *Analisi e Diritto* 1996 a cura P. Comanducci y R. Guastini.

ALCHOURRÓN, Carlos. **DL** "Sobre Derecho y Lógica" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 13, Octubre 2000.

ALEXY, Robert. **TDF** *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. **PD** *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos.* Ariel. Barcelona. 1996

AUSTIN, John **LJ** *Lectures of Jurisprudence*. Verlag Detlev Auvermann KG. Glashütten im Taunus. 1972.

BAYÓN, Juan Carlos. **DIPJ** "Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 13, Octubre 2000.

BENTHAM, Jeremy **LG** *Of Laws in General*. Edited by H. L. A. Hart. The Athlone Press. 1970.

BULYGIN, Eugenio. **CIL** *Cognition and Interpretation of Law.* 1995.

COMANDUCCI, Paolo. **KCAT** "Kelsen e la Clausola Alternativa Tacita" en *Assaggi di Metaetica Due*. G. Giappichelli Editore. 1998.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio **HKNF** *Hans Kelsen y la Norma Fundamental.* Marcial Pons. Madrid. 1996.

GRICE, Paul. **LC** "Logic and Conversation" en *Studies in the Way of Words.* Harvard University Press. 1989.

GUASTINI, Riccardo. **TDDF** *Teoria e Dogmatica delle Fonti.* A. Giuffré Editore. 1998.

HART, H.L.A. **CD** *El Concepto del Derecho.* Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos aires. 1968. Trad. Genaro R. Carrió.

HOBBES, Thomas **DFJ** *Diálogo entre un filósofo y un jurista.* Editorial Tecnos. 1992. Trad. Miguel Ángel Rodilla.

KELSEN, Hans **TPDJA** *Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica* en La Idea del Derecho Natural. Editorial Losada. Buenos Aires. 1946. Trad. Eduardo R. Coghlan.

KELSEN, Hans. **TGE** *Teoría General del Estado.* Editorial Labor, S.A. 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra.

KELSEN, Hans. **TPD1** *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho.* Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. Tejerina.

KELSEN, Hans. **TGDE** *Teoría General del Derecho y del Estado.* Imprenta Universitaria. México. 1949. Trad. Eduardo García Maynez.

KELSEN, Hans. **D** Derogation en *Essays in Legal and Moral Philosophy* editados por Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. 1973.

KELSEN, Hans. **TPD2** *Teoría Pura del Derecho.* UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. Vernengo.

KELSEN, Hans. **ATN** *Allgemeine Theorie der Normen.* Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Wien. 1979.

KELSEN, Hans. **QAJ** *¿Qué es un Acto Jurídico?*. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 4. Abril 1996.

MENDONCA, D, MORESO, J. J. y NAVARRO, P. **INC** "Intorno alle Norme de Competenza" en *Analisi e Diritto.* 1995, a cura di Paolo Comanducci y Ricardo Guastini.

MORESO, José Juan. **IDIC** *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución.*Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

NAVARRO, Pablo. **SNDCD** "Sistemas Normativos, Derrotabilidad y Conocimiento del Derecho" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 13, Octubre 2000.

NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. **DSNJ** "Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 13, Octubre 2000.

OLIVECRONA, Karl. **LF** *Law as Fact*. Stevens & Sons, 1971. London.

RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán. **TD** "Las Trampas de la Derrotabilidad. Niveles de Análisis de la Indeterminación del Derecho" en *Analisi e Diritto.* 1998.

RUITER, Dick W. P. **ILF** *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects.* Kluwer Academic Publishers. 1993.

SCHMILL, Ulises. **RPCDS** "Reconstrucción Pragmática del Concepto del Deber Ser (*Sollen)*" en *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos.* UNAM. 1987.

SCHMILL, Ulises. **DAAT** *La Derogación y la Anulación como Modalidades del Ámbito Temporal de Validez de las Normas Jurídicas.* Doxa 19. 1996.

SCHMILL, Ulises. **IPC** "Introducción" a *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado* de Hans Kelsen. Editorial Porrúa, S.A. México. 1987.

SCHMILL, Ulises. **RPTD** *Recontsrucción Pragmática de la Teoría del Derecho.* Editorial Themis. México. 1997.

SCHMILL, Ulises. **DON** "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts" en *Law and Philosophy* 19. 2000.

SCHMILL, Ulises **CCI** *Condiciones Conductistas de las Implicaturas*. Dianoia. Anuario de Filosofía. XXXIII. 1987. UNAM y FCE. México.

TAMAYO, Rolando. **TMRM** *Thales de Mileto vs Resto del Mundo*. Isonomía. Abril. 2001, No. 14.

VON WRIGHT, Henrik. **C** 'Conditionality' en *Six Essays in Philosophical Logic*, p. 23, Acta Philosophica Fennica, volumen 60 (Helsinki: Academic Bookstore, 1966)

VON WRIGHT, Henrik **NA** *Norma y Acción*. Trad. P. García Ferrero. Tecnos, Madrid. 1979.

WEBER, Max **CS** *Critique of Stammler*, The Free Press. New York. 1977. Trad. Guy Oakes.

WEBER, Max. **ES** *Economía y Sociedad.* Fondo de Cultura Económica. México. 1981.

DOS CONCEPTOS DE DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

1. La complejidad del fenómeno "discrecionalidad jurídica"

Creo que no es exagerado afirmar que la discrecionalidad jurídica es uno de los conceptos que mayor atención e interés despiertan entre los juristas, a pesar de ser, o precisamente por ello, un concepto especialmente complejo, oscuro y equívoco. Esta complejidad ha sido señalada en innumerables ocasiones; del mismo modo que han sido innumerables los intentos por arrojar algo de luz sobre el mismo[1]. Pero estos análisis han sido desarrollados de un modo que podríamos calificar como "unilateral": o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial, o bien desde la perspectiva de la discrecionalidad administrativa, y ello aunque en muchos casos parece darse por sentado que se trata de un fenómeno unitario. Conviene notar que los intereses perseguidos desde cada una de esas perspectivas son además claramente distintos. En el ámbito de la actividad administrativa las discusiones se han planteado respecto a la cuestión de si cabe o no el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración (o en qué consiste y cómo debería ejercitarse tal control). Sin embargo, en el ámbito de la función jurisdiccional, las discusiones son en algún sentido más elementales o básicas, pues se trata de determinar si existe o no discrecionalidad judicial, discusión que presupone plantearse en qué consiste la discrecionalidad. En este contexto, el objetivo del trabajo es doble. En primer lugar pretende poner en conexión los análisis llevados cabo en estas dos esferas, con el objetivo de determinar si es posible seguir considerando que desde ambas perspectivas se está hablando de un mismo concepto de discrecionalidad. Una vez contestada esta cuestión en sentido negativo –tal

[1] Cfr., entre otros, Galligan (1986), Davis (1969), Barak (1989), Bayles (1990), Bell (1992), Desdentado Daroca (1997), Iglesias Vila (1999), Hawkins (1992), Igartua Salaverría (1996 y 1998), Sáinz Moreno (1976), Waluchow (1983).

y como se anuncia en el título del artículo-, el trabajo pretende, en segundo lugar, ofrecer algunas notas para la caracterización de uno de esos conceptos de discrecionalidad.

De momento, y para empezar a trabajar, voy a partir de una aproximación un tanto tosca al fenómeno de la discrecionalidad jurídica, que me permitirá ubicar las polémicas que giran en torno al mismo, valiéndome para ello de los dos siguientes elementos que aparecen constantes en los distintos análisis de la discrecionalidad jurídica: por un lado, la *libertad* que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto *marco normativo*.

Tomando como punto de partida esta aproximación al concepto de discrecionalidad, creo que es fácil de explicar el hecho de que el ámbito clásico de las discusiones a propósito de este fenómeno ha sido el de la esfera del Derecho administrativo. Dentro del paradigma formalista, la discrecionalidad se encuentra restringida a determinados actos de la Administración. El poder legislativo y el poder judicial desempeñarían unos roles muy definidos y excluyentes entre sí: el poder legislativo crea el Derecho, y el judicial se limita a aplicarlo. Desde esta perspectiva, respecto a los actos del legislador no cabría hablar de discrecionalidad porque se trata de un órgano "soberano" y que gozaría, por tanto, de una completa libertad. Faltaría, entonces, el elemento de ciertos límites normativos que, junto al margen de libertad, suele caracterizar a la discrecionalidad. Mientras que respecto a los actos de los órganos jurisdiccionales la situación sería completamente la opuesta. La actividad judicial se limita, para esta concepción, a reproducir lo contenido en la ley (el juez sería la boca de la ley), y lo que faltaría aquí para hablar de discrecionalidad sería precisamente cualquier margen de libertad. Sin embargo, y como era de esperar, en el momento en que estos presupuestos son cuestionados, las discusiones en torno a la discrecionalidad se expanden y surgen las polémicas a propósito de si puede hablarse de discrecionalidad también en esos otros ámbitos. En este sentido, quizás podamos tomar las tesis de Kelsen como punto de partida para ilustrar la extensión del ámbito relevante de la discusión sobre el fenómeno de la discrecionalidad.

Como es de sobra conocido, para Kelsen el sistema jurídico se estructura en forma de pirámide: cada norma extrae su validez de la norma jerárquicamente superior; y ello porque la norma de grada superior regula el procedimiento por el que debe producirse la norma de grada inferior y, en mayor o menor medida, también su contenido. La relación entre la grada superior y la inferior del orden jurídico es, para este autor, una relación de determinación. Pero esta determinación nunca va a ser –en su opinión– completa (bien porque intencionalmente se quiera facultar a los órganos inferiores a

colmar la indeterminación, o bien debido a defectos no intencionales, como la ambigüedad, las contradicciones, etc.). De este modo, en ningún caso el Derecho positivo va a permitir, para Kelsen, individualizar una única solución correcta. La interpretación necesaria para llevar a cabo la aplicación del Derecho ha de ser, entonces, necesariamente un acto de voluntad y no sólo de conocimiento. La determinación del sentido de una norma para su aplicación al caso será, por tanto, fruto de una decisión libre, de una decisión no vinculada por el ordenamiento, en definitiva, de una decisión discrecional. La discrecionalidad es así, en la construcción de Kelsen, un fenómeno inherente a todo proceso de concreción y aplicación del Derecho y que, por tanto, se presenta en todas las gradas del ordenamiento. En este sentido, para Kelsen no existirá diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre la discrecionalidad que se ejerce en la elaboración de una ley conforme a la Constitución y la que se ejerce al dictar una sentencia judicial o un acto administrativo. Este autor considera, así, que los conceptos de aplicación y de creación de Derecho son siempre correlativos[2].

A partir de Kelsen, la discusión iusfilosófica a propósito de la discrecionalidad se ha centrado durante mucho tiempo casi exclusivamente en el ámbito judicial. De este modo, uno de los rasgos fundamentales que se toman en cuenta para caracterizar y clasificar a las distintas teorías del Derecho es precisamente su postura respecto al problema de si existe o no discrecionalidad judicial. Tendríamos teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como la de Hart, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los "difíciles"; y posiciones absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún –o prácticamente ningún– caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta. En el ámbito legislativo, la revitalización de las discusiones a propósito de la discrecionalidad ha sido, sin embargo, mucho más reciente. Podríamos decir que el tema ha cobrado interés teórico debido al replanteamiento de los roles que desempeña el poder legislativo y el poder judicial en el actual Estado constitucional. Si se acepta que la constitución es fuente de Derecho y que, por tanto, penetra en el razonamiento jurídico ordinario, entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, de modo que la actividad legislativa ya no puede seguir considerándose como completamente soberana.

[2] Cfr. Kelsen, 1986, pp. 153 y ss.

Conviene señalar que, tanto las discusiones a propósito de si existe discrecionalidad judicial, como las relativas a si resulta adecuado hablar de discrecionalidad del legislador parecen operar con el presupuesto de que existe un concepto claro de discrecionalidad, cuyo paradigma vendría dado por la discrecionalidad en el ámbito administrativo. Sin embargo, creo que el presupuesto con el que parece aquí operarse de que el concepto de discrecionalidad que se usa en el ámbito administrativo es claro, o al menos unívoco, es erróneo (para darse cuenta de ello, basta echar una ojeada a las distintas discusiones que al respecto mantiene la dogmática administrativista).

2. Algunas aproximaciones a la discrecionalidad jurídica

Veamos algunas de las aproximaciones más frecuentes que es posible encontrar, tanto entre los filósofos del Derecho como entre los dogmáticos –fundamentalmente administrativistas– a propósito de la discrecionalidad jurídica, con el objetivo de extraer de ahí los elementos que usualmente se utilizan para su definición y sobre los que más adelante me detendré. En los trabajos a propósito de la discrecionalidad podemos encontrar fundamentalmente dos perspectivas de análisis (o dicho de otro modo, dos cuestiones recurrentes) que suelen adoptar los distintos análisis de este fenómeno. La primera perspectiva es la que se ocupa de qué es o en qué consiste la discrecionalidad, es decir, qué es lo que hace un órgano cuando actúa discrecionalmente. Y la segunda es la que aborda la cuestión de cómo surge o cuándo podemos decir que un órgano posee discrecionalidad, es decir, el origen o las fuentes de la discrecionalidad. Por supuesto, esta "clara" distinción entre ambas perspectivas es aquí utilizada simplemente con fines expositivos; hay que tener en cuenta que podría considerarse que, por un lado, estas dos cuestiones no son las únicas relevantes a la hora de hablar de discrecionalidad (estarían también las de cómo debe ejercerse la discrecionalidad, o la posibilidad de control de los actos discrecionales); y, por otro lado, que tampoco parece que puedan, al menos en principio, tratarse como cuestiones independientes, aunque hay algunos autores que sí las consideran de este modo, en el sentido de que consideran posible, por ejemplo, que alguien que no "tenga discrecionalidad", "ejerza discrecionalidad"[3].

[3] Ésta es, por ejemplo, la opinión de Waluchow, para quien, mientras que en la expresión "S tiene discrecionalidad" la noción de discrecionalidad se usa para describir una relación normativa del sujeto con los estándares autoritativos; en la expresión "S ejerce discrecionalidad", dicha noción describe una decisión o juicio actual que es hecho por S. Es decir, este tipo de expresiones se usan para describir que el sujeto ha realizado el tipo de decisión para el que autoriza el tener discrecionalidad (Waluchow, 1983, p. 338 y ss.).

2.1. En qué consiste la discrecionalidad

Respecto a la primera perspectiva, y como ya antes señalé, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta unanimidad empieza a desvanecerse a la hora de precisar algo más en qué consiste dicha libertad. Voy a agrupar las distintas respuestas que se dan a esta cuestión en tres apartados, según cuál sea el rasgo que se considere definitorio o central para la caracterización de la discrecionalidad.

2.1.1. La elección entre varias alternativas

Una de las respuestas más frecuentes a la pregunta acerca de en qué consiste la discrecionalidad es la que sostiene que la misma viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir[4]. La discrecionalidad es así concebida como el *poder* o la *facultad* de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho[5].

Si la discrecionalidad es la libertad de elegir entre varias alternativas acordes con el Derecho, entonces para que ésta exista tendrá que haber más de una, pero el número de alternativas disponibles puede ser muy diverso y la discrecionalidad es vista, por tanto, para muchos de los autores que optan por esta caracterización, como un fenómeno graduable en función del número de alternativas disponibles. Así, por ejemplo, Barak (1989, pp. 8-9) lleva a cabo una distinción que él mismo considera como relativa entre lo que llama "discrecionalidad estrecha" que se daría cuando el número de opciones entre las que puede elegir el órgano decisor son pocas y "discrecionalidad amplia", cuando hay disponibles muchas opciones.

2.1.2. La ausencia de estándares jurídicos aplicables

Otra de las caracterizaciones frecuentes de la discrecionalidad es la que la define como la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión. Dworkin, por ejemplo, dice que la "discrecionalidad en sentido fuerte"[6] se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún proble-

---

[4] Cfr. García de Enterría y Fernández, 1995, p. 447; y Sáinz Moreno, 1976, p. 304.

[5] Definiciones o aproximaciones de este tipo pueden encontrarse, por ejemplo, en Barak, 1989, p. 7; Bell, 1992, p. 92; H. Hart y A. Sacks, "The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law", 1958, p. 162 (citado por Lempert, 1992, p. 185).

[6] Dworkin distingue tres sentidos del término discrecionalidad. Un sentido débil, que hace referencia meramente a que las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (el funcionario ha de valerse de su juicio para

ma, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Y, en un sentido similar, en ocasiones se traza un concepto general de discrecionalidad en términos de elección entre diferentes alternativas *sobre la base de criterios extrajurídicos* (Desdentado Daroca, 1997). La discrecionalidad haría referencia, pues, a la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico. Este tipo de aproximación se plasma en afirmaciones del tipo "donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad" (Davis, 1969, p. 3). Ésta parece ser también, al menos en principio[7], la idea que subyace a la clásica contraposición de los administrativistas entre potestades regladas y discrecionales: la discrecionalidad parece surgir, por tanto, como una ausencia de regulación para el ejercicio de ciertas potestades.

A partir de esta caracterización surge la pregunta de cómo debe actuar entonces el sujeto que goza de discrecionalidad; en qué debe basar su decisión. Las respuestas que encontramos aquí son muy variadas. Algunos autores han remarcado la idea de que, al no existir estándares jurídicos que guíen la decisión, el órgano habrá de actuar sobre las razones que él piense que son correctas. Otros señalan que el hecho de que no existan tales estándares jurídicos no implica que el órgano sea completamente "libre", sino que dicha libertad es "relativa" a un determinado sistema, en este caso, el sistema jurídico, pero que el órgano puede estar vinculado por otro tipo de estándares, por ejemplo, de racionalidad práctica.

2.1.3. La ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión

Un tercer rasgo que aparece en los trabajos sobre discrecionalidad es el de la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de una decisión. Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este elemento, es frecuente encontrar clasificaciones que lo toman en cuenta. Así, por ejemplo, algunos proponen hablar de discrecionalidad "provisional" cuando un funcionario público es libre para tomar una elección entre posibles cursos de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible

---

aplicar los estándares que le impone la autoridad). Un sentido también débil, pero diferente al anterior, según el cual, algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Y, por último, el sentido fuerte que aquí estamos comentando. El sargento al que se le ordena que escoja los cinco hombres más experimentados no tendría, en opinión de Dworkin, discrecionalidad fuerte en este sentido porque la orden pretende regir su decisión, pero si la tendría si lo que se le ordenara fuera que escogiera los cinco hombres que prefiera (Dworkin, 1989, pp. 83-87). Esta distinción ha sido muy criticada; cfr., entre otros, Bell, 1992, pp. 94 y ss.; Galligan, 1986; Nino, 1985, pp. 150 y ss.; Desdentado Daroca, 1997, pp. 48-51; y Lempert, 1992, pp. 185 y ss.

[7] Más adelante abordaré con cierto detenimiento esta primera caracterización de los poderes "discrecionales" y llegaré a la conclusión de que la misma no es apropiada.

anulación por otro órgano; y de discrecionalidad "absoluta" o "última" cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha, incluso si es arbitraria o irrazonable[8].

En ocasiones, este rasgo de ausencia de enjuiciabilidad se ve como consecuencia, si no necesaria, al menos bastante plausible, de los anteriores rasgos de la discrecionalidad. Así, se considera que si un órgano decisor puede ejercer juicios entre alternativas permisibles, entonces "normalmente" otros no estarán autorizados o serán capaces de revisar o anular las decisiones. Ésta es también la opinión de muchos administrativistas, para los cuales, si la potestad discrecional supone la atribución a la Administración de una cierta libertad de decisión a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, entonces un poder tal parece rechazar, por hipótesis, cualquier tipo de control que, de admitirse, desmentiría la libertad que el término 'discrecional' proclama.

Por último, hay autores para los que no existiría tal conexión entre los rasgos antes recogidos y éste que estamos ahora analizando. Se trataría de cuestiones independientes y que configurarían diversos "sentidos" del término discrecionalidad. De esta opinión sería, por ejemplo, Dworkin (1989), para quien uno de los sentidos débiles que adopta el término discrecionalidad es precisamente aquél que hace referencia a que la decisión de alguien es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, como la decisión del juez de línea de si un jugador está fuera de juego.

2.2. El origen de la discrecionalidad

La segunda perspectiva desde la que se aborda la discrecionalidad es la de su origen: cuándo o por qué puede decirse que un órgano posee discrecionalidad. En este sentido, Bell, por ejemplo, señala que una caracterización adecuada de la discrecionalidad debe contener, junto al elemento de cierta libertad de elección, una referencia al modo en que esa libertad es generada; no basta con que se dé una elección, sino que es necesario que se trate de una decisión legítima y considera que esta legitimación puede darse de dos maneras: puede aparecer o bien como consecuencia de conferir un poder, o bien como resultado de alguna ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos (Bell, 1992, pp. 92-97). Y, en efecto, la mayoría de las aproximaciones a la discrecionalidad suelen mencionar estas dos fuentes, pero mientras que algunos análisis las utilizan como modos indistintos en que puede surgir un mismo fenómeno; otros establecen, a partir de ellas, distintos tipos

[8] Cfr. Davis, 1969 y Goodin, 1986.

de discrecionalidad; y hay quienes también se ocupan de estos dos expedientes, pero para mostrar que la auténtica discrecionalidad se vincula sólo con uno de ellos (con la delegación de un poder).

Entre los que consideran indistinta la discrecionalidad originada por uno u otro expediente nos encontramos, por ejemplo, a Kelsen y a Hart. Como es sabido, para Kelsen (1986) la relación entre una grada superior y una inferior del ordenamiento es una relación de determinación. Pero esta determinación nunca puede ser completa, existiendo siempre un margen de libre discrecionalidad para el órgano aplicador. Kelsen considera que la indeterminación puede ser de dos tipos: intencional o no intencional. La primera hace referencia a los casos en que las normas (por voluntad de sus creadores) *facultan*, expresa o implícitamente, a los órganos a los que corresponde su aplicación a cubrir esa indeterminación, pero el mismo efecto tendrían, en su opinión, los casos en que la indeterminación se genera de manera no intencional, debido a los defectos que afectan a las normas jurídicas. Por su parte, para Hart (1990) la indeterminación es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales; no sería posible (y ni siquiera deseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular, de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas. En su opinión pueden distinguirse –entre otros– dos tipos de indeterminación: la inevitable indeterminación semántica, y una indeterminación "más radical", que sería aquélla en la que *se quiere dejar* un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión.

Como hemos dicho, hay también autores que parten de la dualidad antes señalada para establecer clasificaciones de la discrecionalidad, considerando que hay un tipo de discrecionalidad que sería el que se origina por la delegación explícita de un poder de decisión (a la que llaman discrecionalidad formal o fuerte); y otro tipo, que sería el que surge de las imprecisiones o indeterminaciones del Derecho (la discrecionalidad informal o instrumental). Las diferencias suelen presentarse como meramente cuantitativas; se dice que, en los supuestos de discrecionalidad implícita, los estándares que resultan aplicables en la toma de decisión son normalmente más y por ello el grado de discrecionalidad es menor que en los casos de discrecionalidad explícita[9].

[9] Cfr., entre otros, Kelsen (1986), Luzzati (1990, pp. 132 y ss), Atienza (1995) y Desdentado Daroca (1997).

Por último nos encontramos con autores, fundamentalmente administrativistas, para los que la discrecionalidad sólo surgiría en presencia de una atribución o delegación previa por parte del Derecho de un poder. Se excluye así la posibilidad de que aparezca como consecuencia de meras imprecisiones normativas. En este sentido, resulta ya clásica –aunque no unánime– la contraposición entre, por un lado, el mero margen de apreciación provocado por el uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por otro lado, la auténtica discrecionalidad (Sáinz Moreno, 1976).

3. Algunas precisiones conceptuales

A partir del análisis de estas distintas aproximaciones que he intentado presentar pueden extraerse una serie de lugares comunes a propósito de la discrecionalidad jurídica que vendrían a condensarse en su caracterización como un cierto margen de libertad en la toma de decisiones, que surge o bien como consecuencia de la indeterminación del Derecho o bien de la delegación de un poder; de modo que las nociones que subyacen a la mayoría de las caracterizaciones de este fenómeno son la noción de libertad, la de indeterminación del Derecho y la de poder. Dado que ninguna de ellas se caracteriza precisamente por su simplicidad, no ha de extrañar la falta de univocidad de las definiciones de la discrecionalidad construidas a partir de ellas y las innumerables e interminables disputas que se generan en torno a este fenómeno. Por eso, creo que es necesario detenerse a analizar estos tres conceptos.

3.1. La discrecionalidad como "libertad"

El elemento de libertad en la toma de decisiones se presenta probablemente como el rasgo central en la mayoría de los análisis de la discrecionalidad. Es también una idea unánimemente compartida el que se trata de una libertad que no es absoluta, sino que tiene ciertos límites, que vendrían impuestos por un "perímetro normativo" que rodea a la libertad. Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen de libertad) en presencia de la rosquilla (que sería el perímetro normativo). Pero más allá de la imagen sugerida por esta metáfora, no queda nada claro qué quiere decir que la discrecionalidad consiste en un margen de "libertad"; y, en este sentido, es fácil percatarse de que la unanimidad desaparece en cuanto se trata de precisar algo más esta idea.

Ahora bien, esta falta de unanimidad no es de extrañar si tomamos en cuenta que el concepto de libertad no es ni mucho menos ni unívoco ni claro, ni siquiera cuando se predica de los individuos, que constituirían, por así decir, su ámbito de referencia primario; con lo cual, mucho menos puede ser

claro cuando de lo que se predica es, como en el caso de la discrecionalidad, de órganos jurídicos. Pero repasemos primero los distintos sentidos que se adscriben a la libertad personal.

Resulta inevitable hacer referencia aquí a la distinción de Berlin (1988) entre los sentidos negativo y positivo de libertad. En su concepción negativa, la libertad es simplemente el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Este sentido hace referencia a un concepto relacional, de modo que un sujeto es libre o no, en relación con un determinado sujeto y una determinada acción[10]. El segundo sentido, el de "libertad positiva", se conecta con la idea de autonomía; se trata de poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el sujeto se dicta a sí mismo.

Parece que las dos primeras maneras de caracterizar la discrecionalidad a las que antes hicimos referencia (como posibilidad de elección entre varias alternativas o como ausencia de estándares jurídicos) son normalmente entendidas como aplicaciones de la idea de libertad negativa: como permiso o ausencia de obstáculos para decidir en uno u otro sentido. Sin embargo, creo que sería posible interpretar la discrecionalidad de un modo más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando no la idea de que el órgano decisor puede hacer lo que quiera, sino que es a él a quien corresponde determinar qué curso de acción emprender (concretando para ello los estándares que guían la toma de decisión). Esta manera de entender la libertad no nos reenvía a la idea de permiso, sino a la de responsabilidad. Y, como voy a intentar mostrar, la discrecionalidad así entendida no implica necesariamente ni la existencia de diversas opciones acordes con el Derecho, ni la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión.

Si partimos de una concepción de la discrecionalidad vinculada a la idea de libertad *negativa*, habría que considerar que, del mismo modo que este concepto hace referencia a una determinada acción, la discrecionalidad así entendida será la libertad de adoptar cada una de las decisiones que se consideran acordes con el Derecho. Pero si esto es así, para hablar de discrecionalidad será necesario identificar previamente las opciones entre las que el juez o el funcionario debe elegir y, en este sentido, la discrecionalidad surgirá tras una actividad reconstructiva del Derecho que lleve a la constatación de esta pluralidad de opciones. Sin embargo, si hablamos de libertad en el otro sentido, más cercano al de libertad positiva, es decir, remarcando que es el órgano decisor quien ha de concretar las guías de su conducta, lo que es calificado como "libre" –en este otro sentido– no es una acción en particular, sino algo que podríamos considerar como previo: la adopción

[10] Cfr. Oppenheim, 1961.

de los estándares que conducirán a la determinación de la o las alternativas disponibles. La discrecionalidad entendida de este modo es detectable antes de la identificación de las alternativas que –finalmente– se considerarán acordes con el Derecho.

De los rasgos que se suelen vincular a la discrecionalidad, nos falta por analizar las conexiones de la "libertad" con el tercero (el carácter último o no enjuiciable de una decisión). Esta conexión puede entenderse de dos maneras distintas. La primera es la que considera que la libertad en que consiste la discrecionalidad radica precisamente en la falta de control o de enjuiciamiento de la decisión discrecional. Podríamos decir que, en este sentido, la ausencia de control es la que genera o implica la discrecionalidad (o libertad) de la decisión. Para el otro tipo de conexión, las relaciones funcionan en el sentido inverso; se trata de considerar que, si una decisión es jurídicamente discrecional (y por lo tanto, en algún sentido, "libre"), entonces la misma no puede estar sujeta a control o revisión por algún otro órgano jurídico, puesto que no habría nada que controlar o revisar desde el punto de vista del Derecho. Pero veamos con un poco más de detalle si estas conexiones funcionan.

En el primer caso, la "libertad" en la que consiste la discrecionalidad es entendida como ausencia de enjuiciabilidad. Pero esta idea me parece rechazable: el que una decisión no esté sujeta a control o sea última no implica que la misma sea "libre" (en cualquiera de los sentidos usuales de este término), si fuera así, no tendría sentido afirmar que una decisión de este tipo está equivocada. Como señala Hart, el que una decisión sea última, o que no quepa sobre ella el control de algún otro órgano jurídico, no equivale a decir que la misma sea infalible, y ello aunque es posible que la afirmación de que un órgano se equivocó al adoptar una decisión carezca de consecuencias prácticas dentro del sistema. Por eso, creo que sería preferible no hablar de "discrecionalidad" en estos casos; se trata de un uso que no es homogéneo con ninguno de los otros y que sólo hace referencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el Derecho.

Veamos ahora qué ocurre si entendemos la conexión de manera inversa: si una decisión es jurídicamente discrecional (y por tanto, en algún sentido, "libre"), entonces sobre ella –o sobre el aspecto discrecional de la misma– no puede llevarse a cabo control jurídico, pues la "libertad" implicaría que no hay nada que resulte jurídicamente controlable. Como vimos, es en este tipo de conexión en el que piensan los administrativistas cuando discuten a propósito de si cabe o no el control jurisdiccional sobre los actos discrecionales de la Administración. Creo que se trata de una observación seria, pero la misma sólo es correcta –en mi opinión– si la discrecionalidad se entiende

como un margen de libertad negativa. Si se considera que cuando un órgano tiene discrecionalidad goza de libertad para tomar una decisión concreta, en el sentido de que el ordenamiento le concede un "permiso" para optar entre distintas opciones, entonces, sea cual sea su decisión, si está dentro del margen permitido, no habrá nada censurable desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, creo que esta consecuencia no se sigue si nos apartamos de esta caracterización de la discrecionalidad, y optamos por una más próxima a la idea de libertad positiva, y que nos reenvía más a la idea de responsabilidad que a la de permiso.

Conviene llamar la atención, por último, sobre un riesgo que implica hablar en términos de "libertad" para caracterizar ciertos actos de los órganos públicos. Hay que ser conscientes de que cuando la libertad se predica de los individuos, la misma se conecta con ideales personales. Pero si es posible que la referencia a la libertad personal, como realización de la propia voluntad o desarrollo de la autonomía, baste para justificar una acción individual que caiga en el marco de la libertad reconocida; en los casos en los que la "libertad" se predica de los órganos públicos, parece que esa justificación resulta insuficiente. No hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación "libre" o discrecional sea, por ello mismo, algo valioso, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre de manera instrumental.

3.2. La indeterminación del Derecho

Las referencias a la indeterminación del Derecho en relación con la discrecionalidad aparecían al abordar la cuestión de su origen. Antes vimos cómo algunos consideran que toda discrecionalidad es fruto de la indeterminación; mientras que, para otros, la indeterminación del Derecho sería –en todo caso– sólo una de sus posibles fuentes. Parece claro que, al menos en este contexto, se trata de un concepto –el de indeterminación del Derecho– que puede usarse en dos sentidos.

El primero es un sentido vinculado a la aplicación del Derecho. Hart llamaba la atención sobre el hecho de que, en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma está indeterminada. Este fenómeno de la indeterminación del Derecho es en ocasiones analizado a partir de la falta de valor de verdad de ciertas proposiciones jurídicas; en palabras de Moreso (1997), un sistema normativo estará indeterminado cuando las proposiciones jurídicas referidas a un estado de cosas carezcan de valor de verdad.

El problema se plantea, por tanto, a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso, bien sea individual o genérico. Aquí se suelen

incluir todos los problemas semánticos que afectan a las normas, y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Utilizando de nuevo el análisis de Hart, habría que decir que se trata de una indeterminación "relativa": no se producirá en todos los casos en los que la norma se aplique, sino únicamente en aquéllos que caigan en la zona de penumbra; y, además, la consideración de que un caso es fácil o difícil es una tarea que sólo pueda realizarse a la luz de las circunstancias del propio caso y, en este sentido, también se puede decir que esta indeterminación será siempre "relativa a un caso".

Creo que es este primer sentido de "indeterminación" el que encaja con los supuestos a los que antes denominamos indeterminación como imprecisión, pero sin embargo no parece ser éste el sentido que subyace a aquellos otros casos a los que Kelsen se refería como "indeterminación intencional" y algunos de los que Hart consideraba como "indeterminación más radical" y que podían verse como la delegación de un poder de decisión. Kelsen pone el siguiente ejemplo: una ley sanitaria establece que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo tiene que *determinar* las medidas a adoptar para evitar la expansión de la enfermedad. Aquí de lo que se predica la indeterminación no es de la aplicabilidad de una determinada norma a un caso; no se trata de que una proposición acerca del Derecho carezca de valor de verdad, sino que es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma; y creo que es en este sentido en el que se dice que este tipo de indeterminación opera como una delegación de poder. Por ello mismo, este sentido de indeterminación no se conecta con un problema de subsunción: no se trata de que esté indeterminado el valor de verdad de la proposición que describe la aplicabilidad de la norma a un caso, sino que lo que está indeterminado es lo que la norma exige para los casos –todos– en que ella es aplicable. Esta indeterminación existirá por tanto independientemente de su puesta en relación con los casos.

Para los autores que manejaban un concepto estricto de indeterminación, que correspondería al primero de los sentidos aquí señalados, la indeterminación es vista como una de las fuentes de discrecionalidad o como no generadora, en absoluto, de discrecionalidad. Por el contrario, aquellos autores que sostenían un concepto amplio de indeterminación (como Hart o Kelsen) y que consideraban que la discrecionalidad surgía siempre como consecuencia de la indeterminación del Derecho, lo que hacían era unificar los sentidos que aquí hemos distinguido. Me interesa destacar ahora que estos

dos sentidos de indeterminación del Derecho se predican de cosas distintas y que creo que puede resultar distorsionador tratarlos conjuntamente.

En el primer caso, y dado que la indeterminación es siempre relativa a un caso, puede considerarse que la discrecionalidad a ella vinculada aparecerá en relación con los casos; es decir, no tiene sentido hablar de discrecionalidad si no es frente a un caso. Este tipo de indeterminación surge en los llamados casos difíciles o las lagunas del sistema jurídico. Se trata de calificar estados de cosas de acuerdo con el Derecho existente, y esta tarea estará por tanto orientada hacia el pasado, en el sentido de que la actividad que se requiere aquí será una actividad interpretativa del Derecho, que implica –en mi opinión– una tarea reconstructiva del Derecho preexistente[11].

El segundo sentido de indeterminación, sin embargo, no se predica del estatus normativo de un determinado caso, sino que lo que está indeterminado (en el sentido de no fijado) es la conducta que la norma exigirá en *todos* los casos en los que sea aplicable. Para saber si la norma origina discrecionalidad en este sentido no habrá que esperar a que se planteen (real o imaginariamente) los casos a los que la norma se refiere. Por otro lado, para superar esta indeterminación no bastará con llevar a cabo una actividad interpretativa. Pensemos en el ejemplo anterior de Kelsen. La norma puede haber indicado, sin dejar lugar a dudas, que el órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas para evitar la expansión de la epidemia, y puede que nos encontremos con un caso claro de epidemia en el que no dudemos de que la norma resulta aplicable. Lo que será necesario en estos casos es una actividad de especificación o desarrollo del Derecho existente, pero que no sería adecuado calificar como interpretación. La justificación de este tipo de decisiones estará orientada –a diferencia de lo que ocurre con las interpretaciones– hacia el futuro, hacia las consecuencias.

3.3. La noción de poder

Pasemos ahora a la noción de poder. Pueden distinguirse dos contextos en los que la misma aparecía ligada a la discrecionalidad. El primero era el relativo a la cuestión de en qué consiste la discrecionalidad, y en él se consideraba que la discrecionalidad venía dada por el hecho de poder decidir entre varias alternativas. El segundo era el del origen de la discrecionalidad; algunos autores consideraban aquí que el modo de generar discrecionalidad (o al menos, uno de los modos) era, precisamente, la delegación de un determinado *poder* de decisión. Es fácil percatarse de que el sentido con que se

[11] En otras ocasiones me he ocupado de analizar el concepto de interpretación y de defender, en particular, una caracterización del mismo en estos términos. Puede verse, por ejemplo, Lifante Vidal (1999).

usa el término "poder" en uno y otro contexto es distinto. Antes de intentar precisar estos dos significados, recogeré algunas observaciones generales sobre este concepto.

Podemos partir de que la expresión "poder"[12] indica, en general, la posibilidad o capacidad de hacer algo (como cuando digo "puedo saltar 2 metros"). A su vez, y como especificación de ese significado general, cuando el término se utiliza como sustantivo, suele indicar la posibilidad o capacidad de actuar interfiriendo en conductas ajenas (como cuando se dice "Fulanito tiene mucho poder").

Respecto al primero de estos sentidos, hay que notar que la posibilidad o capacidad de hacer algo puede ser muy diversa, dependiendo del tipo de constreñimiento o impedimento del que se predica la ausencia. Por lo que aquí nos interesa, podemos distinguir entre una posibilidad o capacidad "material", que existiría cuando un individuo carece de impedimentos o constreñimientos físicos para realizar una acción; y una posibilidad o capacidad "normativa", que haría referencia a la ausencia de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas. Llamaré al primero "poder fáctico" y al segundo "poder deóntico".

Ahora bien, esta dualidad entre el sentido fáctico y deóntico del "puede" requiere de alguna matización si lo que nos interesa –como es nuestro caso– no son acciones naturales, sino institucionales. En ellas, el equivalente a la posibilidad "material" (que algunos han bautizado como posibilidad "anankástica"o "thética"[13]) de ejecución depende de la existencia de un cierto tipo de normas, las llamadas normas constitutivas. Así, por ejemplo, yo no "podría" hipotecar mi casa, si no existieran reglas que constituyesen la hipoteca y que me confiriesen dicho poder. Pero la dualidad entre los sentidos del "puede" se sigue manteniendo. Y así, es posible que una acción que "puedo" hacer en este sentido (anankástico), no "pueda" hacerla en sentido deóntico (es posible que el ordenamiento jurídico prohíba hipotecar la casa en ciertas circunstancias en las que me encuentro).

Volvamos ahora a los contextos en que aparecía la noción de poder en relación con la discrecionalidad. En el primero se decía que la discrecionalidad consiste en "poder" elegir entre más de una alternativa. Parece que aquí se está haciendo referencia al "poder" en sentido deóntico: se estaría diciendo que el sistema jurídico ni obliga ni prohíbe al órgano decisor llevar a cabo la acción a que nos referimos. Muchos autores que hablan de "poder" en este primer contexto, lo consideran sinónimo a "permiso" o "libertad".

---

[12] En este punto sigo la exposición de Ruiz Miguel (1983).

[13] Cfr. Azzoni, 1994, p. 465.

Este sentido de "poder" nos remite, por tanto, al sentido de libertad negativa antes analizado.

El segundo contexto era el relativo al origen de la discrecionalidad, donde se consideraba a la delegación de un "poder" como una de las fuentes de discrecionalidad. Partiré de que en el Derecho nos encontramos, junto a las normas deónticas o regulativas, normas no deónticas o constitutivas, que son las que determinan cómo se constituyen o producen resultados institucionales o cambios normativos[14]. Dentro de estas últimas, nos interesan las "reglas que confieren **poderes**", cuya forma canónica sería: "Si se da el estado de cosas X, y el sujeto Z realiza la acción o actividad Y, entonces se produce el resultado institucional R". El ámbito de la discrecionalidad jurídica es precisamente el de acciones que son descritas a partir del resultado institucional o cambio normativo producido por el ejercicio de un poder; así, por ejemplo, se discute si los jueces gozan de discrecionalidad al dictar sentencia, o se habla de la discrecionalidad de la administración al trazar un plan urbanístico, o al dictar un reglamento... Por lo tanto, será necesaria la presencia de reglas que confieren **poder**. Pero estas reglas no pueden explicar, por sí mismas, el surgimiento de la discrecionalidad. Todos los actos de los órganos públicos son ejercicio de poderes en este sentido. Esta noción de "poder" como competencia no nos sirve para distinguir los actos discrecionales de los que no lo son. Necesitamos determinar qué tipo de poder es el "poder discrecional".

Volvamos al sentido de "poder" que hemos considerado como especificación del sentido general: la capacidad de actuar *interfiriendo en conductas ajenas*. Partiré de la siguiente definición de poder en este sentido: "A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B" (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 15). Se trata, obviamente, de un tipo de relación asimétrica, pues se produce una situación de desigualdad entre los sujetos, pero eso no implica que el ejercicio del poder suponga siempre una ventaja legítima a favor de quien lo posee (pensemos en la patria potestad, que ha de ejercerse en beneficio de los hijos; o en el poder de los órganos públicos, que se ha de encaminar a lograr intereses generales).

El hecho de que un sujeto tenga poder en este sentido puede deberse a factores muy diversos (la fortaleza, el carisma, los recursos económicos...) y entre ellos el que existan reglas que confieran al sujeto el poder de producir un resultado normativo, modificando así el estatus normativo de ciertos individuos y afectando de este modo sus intereses. Pero cualquier regla que confiere poder otorga la capacidad de producir un resultado normativo y

[14] Sigo aquí a Atienza y Ruiz Manero (1996).

consiguientemente de afectar intereses. Seguimos teniendo pendiente la cuestión de qué tipo de poder es el que se califica como discrecional. La respuesta que tradicionalmente se ha dado es la que contrapone los poderes discrecionales a los poderes reglados. Los poderes discrecionales, se dice, son poderes "no reglados". La tesis que a continuación defenderé es que los poderes discrecionales son poderes "no reglados" sólo en el sentido de que no están regulados por un determinado tipo de normas: las reglas de acción; pero no en el sentido de que no estén regulados jurídicamente. Para defender esta tesis sostendré que sí hay un tipo de "poder" distinto en el caso de los "poderes discrecionales" frente a los "poderes reglados" y la diferencia entre ambos radica –como expondré con más detenimiento en el apartado *4* de este trabajo– radica en el modo en que se afectan los intereses en juego, en los casos de ejercicio de poderes de uno y otro tipo. Los poderes discrecionales implican que sus titulares pueden afectar unilateralmente intereses de otros, no simplemente haciendo valer las evaluaciones o ponderaciones de intereses previstas en normas preexistentes, sino introduciendo nuevas evaluaciones de intereses, se trata por tanto de un sentido de poder "más material" que la mera competencia formal de producir un resultado normativo.

3.4. Recapitulación: dos fenómenos distintos bajo el rótulo "discrecionalidad"

Para cada una de las nociones analizadas he distinguido fundamentalmente dos sentidos que pueden vincularse con el fenómeno de la discrecionalidad. Al hablar de la discrecionalidad como libertad, distinguí entre un sentido conectado con la idea de libertad negativa (como permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el Derecho) y un sentido conectado con la idea de libertad positiva (remarcando que es el órgano decisor el responsable de concretar los estándares que van a guiar la toma de decisión). Respecto a la noción de indeterminación, distinguí entre la indeterminación como fenómeno ligado a la aplicación del Derecho a los casos y que haría referencia a un problema de subsunción; y la indeterminación como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (que operaba como una delegación de un poder de decisión). Por último, respecto a la noción de poder, y dejando al margen el sentido de posibilidad deóntica (que reconduce a la idea de libertad negativa), distinguí entre poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo, y poder en un sentido "más material", que implicaba, además del sentido anterior, la posibilidad de introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses.

A partir de aquí, creo que puede encontrarse una cierta conexión entre, por un lado, los primeros sentidos distinguidos para cada uno de estos tres

conceptos y, por otro lado, los segundos sentidos. Creo que cada una de estas combinaciones hace referencia a un fenómeno de naturaleza distinta y que vendría a configurar un sentido distinto del término "discrecionalidad". El primero (al que llamaré discrecionalidad-1) se vincula con la idea de libertad entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del Derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma y, por último, las referencias a la idea de poder vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa "discrecionalmente" es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión. Por otro lado, el segundo fenómeno (al que llamaré discrecionalidad-2) se vincula con un sentido de libertad más próximo a la idea de libertad positiva (remarcando que es al sujeto decisor el responsable de determinar qué curso de acción emprender), con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir y con el poder en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses. El siguiente cuadro pretende sintetizar los rasgos caracterizadores de esos dos sentidos de discrecionalidad:

	DISCRECIONALIDAD (1)	**DISCRECIONALIDAD (2)**
LIBERTAD	Libertad negativa (permiso)	Libertad positiva (responsabilidad)
INDETERMINACIÓN	Problema de subsunción	Cualidad de no haber sido fijado (delegación)
PODER	Competencia formal	Introducción nuevas evaluaciones de intereses

Conviene notar que se trata de dos sentidos de discrecionalidad muy heterogéneos entre sí, que ni siquiera resultan predicables de los mismos objetos, ni detectables desde la misma perspectiva. En la "discrecionalidad-1" tanto el sentido de libertad, como el de indeterminación son necesariamente relativos a un caso, de modo que esta "discrecionalidad" tendrá como objeto decisiones concretas (y no un poder en general); la discrecionalidad es vista aquí como un resultado. Sin embargo, la "discrecionalidad-2" hace referencia a un fenómeno que se predica de ciertos poderes jurídicos. Aquí, podemos saber que un determinado órgano jurídico posee una potestad discrecional antes de que surjan las circunstancias concretas de los distintos actos en ejercicio de dicho poder.

Estos dos sentidos de discrecionalidad pueden sernos de utilidad para aclarar la distinción, a la que algunos autores hacen referencia, entre "tener

discrecionalidad" y "ejercer discrecionalidad"[15], y a la que ya antes aludí. Según esta distinción, un órgano puede ejercer discrecionalidad aunque no la posea, lo cual suena un tanto paradójico. En mi opinión, lo que ocurre es que el término discrecionalidad no significa lo mismo en cada una de estas expresiones. Cuando se dice que un órgano puede ejercer discrecionalidad sin tenerla, lo que realmente se está queriendo decir es que un órgano puede ejercer "discrecionalidad-1", aunque no posea "discrecionalidad-2". Y es que realmente la "discrecionalidad-1" no se puede poseer, sino en todo caso ejercitar; no puede verse como la característica de un determinado poder de decisión, sino como una propiedad de una decisión concreta, en la que un órgano, en su tarea aplicativa del Derecho a un determinado caso, al encontrarse con que la regulación jurídica es imprecisa, "puede" justificar más de una solución[16].

Dada esta heterogeneidad, considero que manejar un único concepto de discrecionalidad que englobe ambos fenómenos tendría como consecuencia presentar a ambos de manera muy confusa y distorsionada y que por tanto conviene mantenerlos claramente separados. De estos dos sentidos, el que más interés ha despertado desde el punto de vista teórico ha sido el primero de ellos. Alrededor del mismo se discuten cuestiones tales como la indeterminación del lenguaje, la derrotabilidad de las normas, etc. El segundo fenómeno englobado bajo el rótulo de discrecionalidad no ha sido, sin embargo, objeto de demasiados análisis teóricos, pero creo que esta reflexión es necesaria, y a ella voy a dedicar el resto del artículo. He de advertir, sin embargo, que el tratamiento que se da en este trabajo a estos dos sentidos de discrecionalidad es asimétrico. Mientras que en el caso del segundo sentido de discrecionalidad mi estrategia va a ser reconstructiva y pretendo llevar a

[15] Así, por ejemplo, Waluchow (1983) o Desdentado Daroca (1997).

[16] No entraré aquí a determinar si ésta es una caracterización adecuada de la actividad aplicativa del Derecho. Sólo señalaré que el problema de optar por una caracterización de este tipo para aquellos casos en que haya varias soluciones "igualmente acordes con el Derecho" radica, en mi opinión, en que recurrir a la idea de libertad negativa nos reconduce a la idea de "permiso". Y se suele considerar que cuando el Derecho otorga un permiso es porque lleva a cabo un juicio valorativo positivo sobre la posibilidad de elección que tiene el sujeto destinatario de la norma, en este caso, el órgano jurídico encargado de aplicar el Derecho. Pero, sin embargo, en estos casos, creo que esta descripción es inadecuada: no hay ninguna valoración positiva por parte del Derecho de esa "posibilidad de elección" con la que se encuentra el órgano jurídico. En todo caso, estos supuestos podrían describirse haciendo referencia a la noción de "permisos débiles" de Alchourrón y Bulygin, con la cual estos autores quieren indicar simplemente que una conducta no está prohibida en un sistema normativo (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 176); pero no únicamente en el sentido de que el ordenamiento no contiene expresamente una regla que permita adoptar una u otra solución, sino que ni siquiera una reconstrucción interpretativa del Derecho -al modo, por ejemplo, dworkiniano- podría llevar a la formulación de dicha regla permisiva.

cabo un análisis de este concepto, comprometiéndome con el mismo; en el caso de la "discrecionalidad-1" me he limitado a dar cuenta de la que creo que podría ser considerada como la caracterización usual de este fenómeno, pero sin entrar a valorarla.

4. Elementos para una reconstrucción de la discrecionalidad jurídica

A continuación intentaré precisamente exponer algunos de los rasgos que caracterizarían al segundo sentido de discrecionalidad, que es –como veremos– el que está implícito en lo que solemos considerar como "poderes discrecionales".

4.1. El ámbito de la discrecionalidad

Empecemos por el ámbito de referencia de este concepto. Si partimos de la idea de que la discrecionalidad, en general, es un concepto que requiere un ámbito de referencia normativa, parece obvio que el marco normativo de referencia en el caso de la discrecionalidad jurídica es el Derecho. Pero creo que el requisito de estar en presencia de un contexto normativo no resulta suficiente para delimitar el ámbito de la discrecionalidad. Así, por ejemplo, yo puedo decidir contraer matrimonio o no, y en caso de decidir hacerlo puedo elegir con quién casarme, pero aunque haya una serie de restricciones normativas que limitan mi decisión (no puedo casarme, por ejemplo, si ya lo estoy previamente, o no puedo casarme con mi hermano...), no parecería muy apropiado describir esta situación diciendo que tengo "discrecionalidad" para decidir al respecto. Creo que sólo tiene sentido hablar de discrecionalidad cuando alguien **está encargado** de tomar decisiones sujetas a las normas y que, a su vez, generan efectos normativos en el sistema de referencia; es decir, cuando alguien tiene un poder conferido por el sistema normativo de referencia para tomar decisiones "dotadas de autoridad" normativa. Y en este sentido podría afirmarse que el ámbito de la discrecionalidad viene dado por "el funcionamiento de toda organización que actúe a través de una estructura jerárquica de toma de decisiones" (Desdentado Daroca, 1997).

Esto implica, por un lado, que usamos el término discrecional para calificar a los poderes heterónomos (aquéllos cuyo ejercicio afecta unilateralmente a otros), pero no a los poderes autónomos, que serían aquéllos cuyo ejercicio afecta a sus propios titulares (como mi poder para contraer matrimonio o para firmar contratos de compraventa).Y, por otro lado, que los sujetos que poseen este tipo de poderes han de operar en la estructura jerárquica de toma de decisiones, lo cual en el caso de la discrecionalidad jurídica implica que se trate de sujetos a los que podemos calificar como autoridades u órganos jurídicos.

4.2. Discrecionalidad y tipos de regulación normativa

La cuestión que queda ahora por responder es la de qué es lo que nos hace caracterizar a poderes de este tipo como poderes discrecionales y la tesis que a este respecto defiendo es que lo que caracteriza a los poderes "discrecionales" frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes "reglados") no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un tipo específico de normas jurídicas: las normas de fin.

Para caracterizar a este tipo de normas tomaré como punto de partida el análisis de los distintos tipos de normas regulativas de Atienza y Ruiz Manero (1996), quienes dentro de esta categoría contraponen las normas de fin a las normas de acción. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las "normas de fin" no predeterminan de antemano la conducta exigida, sino únicamente el fin a perseguir o a maximizar[17]. Pero creo que para estar en presencia de una norma de fin, no basta con que existan diversos medios causalmente idóneos para producir un determinado resultado entre los que el destinatario tenga que elegir[18], sino que la selección de estos medios, el modo en que se da lugar a un determinado estado de cosas o que se maximiza un fin, ha de ser considerado como "jurídicamente relevante". Por decirlo de otro modo, creo que las normas de fin operan como "*mandatos de optimización*", en el sentido de que a lo que obligan es a adoptar el medio considerado óptimo a la luz de las circunstancias del caso para dar lugar o maximizar el fin previsto. No se trata meramente de conseguir el máximo de algo, sino de optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de algo. La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido. Por lo tanto

---

[17] La caracterización de Atienza y Ruiz Manero contrapone las normas de acción a las de fin, considerando que mientras que en las normas de acción la solución normativa está configurada por una acción, en las normas de fin, lo está por un estado de cosas. Sin embargo esta caracterización parece requerir de alguna matización. Es usual considerar que una acción consiste en producir o evitar un cambio en el mundo, y una de las maneras más usuales de individualizar a las acciones consiste precisamente en tomar en cuenta el estado de cosas resultantes de ese cambio (cfr. González Lagier, 1997); de modo que podría pensarse que resulta indiferente optar por formular las normas en términos de acciones o de estados de cosas a dar lugar o evitar.

[18] Si así fuera, prácticamente todas las normas que establecen deberes positivos cumplirían este requisito, puesto que puede pensarse que siempre hay diversas formas –o medios- de llevar a cabo una acción (por ejemplo una norma que nos obliga a pagar un impuesto, puede ser cumplida llevando a cabo una transferencia bancaria, o bien depositando el dinero en metálico en las oficinas de la administración correspondiente...).

estas normas no pueden interpretarse como aquéllas que dotan a sus destinatarios de libertad, en el sentido de *permiso*, para elegir uno de los distintos medios; sino más bien lo que hacen es hacer *responsable* al destinatario de la norma de la selección de los medios para lograr el fin. Estas normas no delimitan *ex ante* la articulación de los diferentes intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos, y serán estas ponderaciones las que conduzcan a determinar las actuaciones a seguir en cada caso. Eso implica que es el órgano que goza del poder discrecional el que debe determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cuál es el medio óptimo para dar lugar o para maximizar el fin perseguido, afectando lo menos posible a otros fines o valores reconocidos o promocionados por el propio Derecho.

La específica regulación que pesa sobre este tipo de poderes no implica que el ejercicio de los mismos no pueda –o no deba– ser sometido a control jurídico, pero es cierto que el mismo presentará ciertas particularidades, dado que la justificación de los actos discrecionales será distinta a la de los actos en ejercicio de los llamados "poderes reglados" (los regulados mediante reglas de acción). Para la justificación de los actos discrecionales no basta con construir un silogismo subsuntivo que contenga, como premisa mayor, una norma del sistema. De un razonamiento deductivo, no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y si las normas aquí aplicables son normas de fin, entonces nuestras premisas no nos dicen cuál es la concreta actuación exigida. Parece claro que sólo en el caso de que en la premisa normativa aparezca una regla de acción la conclusión del razonamiento subsuntivo indicará cuál es la acción que se debe emprender. Por ello, para considerar que una determinada actuación en ejercicio de un poder discrecional está justificada, habrá que añadir algunas premisas a ese razonamiento subsuntivo. En particular habrá que añadirle premisas fácticas acerca de las circunstancias concretas del caso y acerca de la adecuación, dadas esas circunstancias, de los medios adoptados para conseguir los fines prescritos; pero también habrá que añadir premisas valorativas que lleven a considerar que la decisión adoptada es la que opta por el que cabe considerar como el "mejor" de los medios disponibles (en el sentido no sólo de que es el que maximiza el resultado, sino que lo hace afectando lo menos posible a los intereses en juego). Por ello, puede decirse que aquí ya no estamos ante una actividad meramente aplicativa del Derecho, sino que, junto a ella, aparece una actividad de desarrollo y concreción del Derecho (que podría verse como intermedia entre la creación del Derecho y su aplicación).

4.3. Tipos de discrecionalidad

Hasta ahora he hablado de la discrecionalidad en general, sin introducir mayores matizaciones, pero creo que puede establecerse una distinción entre dos categorías, a las que llamaré, respectivamente, discrecionalidad "técnica" (aunque en un sentido distinto al uso más generalizado de esta expresión) y discrecionalidad "política". Para trazar esta distinción me valgo de las dos modalidades de normas que, siguiendo de nuevo a Atienza y Ruiz Manero (1996), pueden distinguirse dentro de las normas de fin: las reglas de fin y las directrices. La diferencia entre ambas categorías viene dada por cómo se configuran en cada una de ellas las condiciones de aplicación. En el caso de las reglas de fin, el supuesto de hecho o las condiciones de aplicación de la norma están configuradas de manera "cerrada", mientras que en el caso de las directrices, las condiciones de aplicación estarían configuradas de manera "abierta". A partir de aquí, creo que es posible llevar a cabo una distinción entre dos tipos de discrecionalidad, dependiendo de que la regulación que pese sobre el ejercicio de los poderes se realice mediante reglas de fin o mediante directrices; y a los que propongo llamar "discrecionalidad técnica" y "discrecionalidad política" respectivamente. En el primer caso, y dado que la determinación de las condiciones en las que debe perseguirse el fin viene realizada por la norma, el órgano decisor tendrá que llevar a cabo únicamente juicios acerca de cuál es la mejor manera para optimizar el fin previsto por la regla. En el otro caso, sin embargo, es el órgano decisor el que debe fijar, en cada ocasión en que ejercite su poder, cuál es el concreto fin a alcanzar, lo que implica llevar a cabo también juicios políticos, en el sentido de que pueden verse legítimamente como la decisión de promocionar los intereses de ciertos grupos sociales[19].

Tradicionalmente se ha considerado que lo que caracteriza a la actividad política es precisamente ser definidora de nuevos objetivos sociales o promotora de valores aún no incorporados al orden jurídico. De este modo, el órgano legislativo, como paradigma de órgano político, no se vería sometido por el Derecho existente, sino que su función sería precisamente la de innovar el ordenamiento, incorporando al mismo esos nuevos objetivos o valores. Sin embargo, parece que esta concepción de la actividad política ya no encaja completamente en el nuevo paradigma jurídico al que está dando lugar el constitucionalismo contemporáneo[20], y que vendría a desdibujar la distinción tajante entre órganos jurídicos y órganos políticos. Si se toma en serio a la constitución como fuente de Derecho, y se considera que su finali-

[19] Cfr. Aguiló Regla, 2000, p. 86.

[20] Cfr. Aguiló Regla, 2001.

dad es la de configurar un orden jurídico que sea una concreción y garantía de los derechos y valores constitucionales, entonces el poder legislativo ya no puede verse como un órgano meramente político, al que sólo se le limitarían los medios y al que se dejarían completamente abiertos los fines. En este sentido puede decirse que el razonamiento político-legislativo se juridifica, puesto que algunos fines de la acción política vienen ordenados por las constituciones (a través precisamente de las directrices). Y es en este sentido en el que creo que puede considerarse que el concepto de "discrecionalidad" pasa a operar también en el ámbito legislativo.

4.4. Los sujetos de la discrecionalidad

Hasta el momento no he introducido ninguna observación respecto a los sujetos que pueden poseer este tipo de discrecionalidad que estoy intentando caracterizar. Sin embargo, y a partir de lo dicho hasta ahora, podría pensarse que mientras que los órganos administrativos poseerían discrecionalidad de la que hemos denominado técnica y los órganos legislativos, discrecionalidad política, en el ámbito judicial nos encontraríamos únicamente con el fenómeno de la "discrecionalidad-1". Pero creo que esta observación no es correcta. Como ya he dicho, una de las diferencias fundamentales que existe entre, por un lado, la discrecionalidad que aquí estoy pretendiendo caracterizar y, por otro lado, los casos que se englobarían en el fenómeno de la "discrecionalidad-1", radica en que este último supuesto se presenta en el ámbito de una función meramente aplicativa del Derecho, en el que nos encontramos con que el resultado del proceso interpretativo/reconstructivo de los materiales jurídicos preexistentes ha de ser necesariamente una regla de acción. Sin embargo, en los casos que aquí hemos considerado como "discrecionalidad-2", para considerar justificada una decisión concreta no basta con presentarla como el resultado de un silogismo subsuntivo cuya premisa normativa viene dada previamente por el Derecho. No se está, por tanto, ante una actividad meramente aplicativa del Derecho sino que, junto a ella, se hace necesaria una actividad de desarrollo y concreción del Derecho. No hay que olvidar que hay muchos actos de los órganos administrativos que responden a la idea de mera aplicación del Derecho y por tanto, en estos casos estos órganos no gozarían de discrecionalidad en sentido estricto (es decir, del fenómeno que he denominado "discrecionalidad-2"). Y, al contrario, hay casos –creo que, en los Derechos contemporáneos, muchísimos más de los que solemos pensar[21]– en los que órganos judiciales gozan de poderes discrecionales en sentido estricto porque se encuentran regulados

[21] Sobre la complejidad de las actividades encargadas a los jueces en los Derechos contemporáneos, puede verse Ost (1993).

por normas de fin[22]. La clave de la distinción estará, por tanto, en el modo en que está regulado el ejercicio del poder y no en el tipo de órgano que posee el poder.

5. Una conclusión

A modo de conclusión, creo que podría decirse –siguiendo a Galligan (1986)– que la discrecionalidad jurídica, o mejor dicho, uno de los fenómenos que se engloban bajo este rótulo y que coincidiría con lo que aquí he denominado "discrecionalidad-2", no puede seguir concibiéndose como un efecto colateral de la existencia de normas generales, ni como un fenómeno meramente periférico al ejercicio de la autoridad como durante mucho tiempo ha sido concebida por los teóricos del Derecho, en parte –creo– por el hecho de tratar conjuntamente los dos fenómenos que aquí he tratado de distinguir. La discrecionalidad jurídica ha de ser vista, por el contrario, como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden –y creo que deben– estar sometidas a control.

---

[22] Sirvan para ilustrar estos casos las siguientes disposiciones del Derecho español:

- "Los jueces procederán de oficio, además, en casos de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación de los establecimientos del fugado, y *prescribirán las medidas que exija su conservación*, entre tanto que los acreedores usan de su derecho sobre la declaración del quiebra" (art. 877 del Código de Comercio).

- "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 3º Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas de matrimonio (...); establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras *medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar* la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro" (art. 103.3 del Código Civil).

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep (2000): *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

AGUILÓ REGLA, Josep (2001): "Sobre la constitución del Estado constitucional", en *Doxa*, nº 24, pp. 429-457.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

ATIENZA, Manuel (1995): "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85 pp. 5-25.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

AZZONI, Giampaolo M. (1994): "Interpretazioni di Hohfeld", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XXIV-2, pp. 443-488.

BARAK, Aharon (1989): *Judicial Discretion*, trad. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven y London (original hebreo de 1987).

BAYLES, Michael D. (1990): *Procedural Justice. Allocating to Individual*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

BELL, John (1992): "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en Keith Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, pp. 89-111.

BERLIN, Isaiah (1988): "Dos conceptos de libertad", trad. Julio Bayón, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 187-243 (original inglés de 1958).

DAVIS, Kenneth Culp (1969): *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Lousiana State University Press.

DESDENTADO DAROCA, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.

DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona (original inglés de 1977).

GALLIGAN, D. (1986): *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1995): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 5ª edición, Madrid.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (1997): "Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin)", en *Doxa*, nº 20, pp. 157-175.

HART, Herbert L.A. (1990): *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (original inglés de 1961).

HAWKINS, Keith (1992): "The Use of Legal Discretion. Perspectives from Law and Social Science", en *The Uses of Discretion*, op. cit., pp. 11-46.

HOFFMASTER, B. (1982): "Understanding Judicial Discretion", en *Law and Philosophy*, 1, pp. 21-55.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1996): "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 46, pp. 95-118.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Cívitas, Madrid.

IGLESIAS VILA, Marisa (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

KELSEN, Hans (1986): *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición alemana (1960), UNAM, México.

LEMPERT, Richard (1992): "Discretion in a Behavioral Perspective: The case of a Public Housing Eviction Board", en *The Uses of Discretion*, op. cit., pp. 185-230.

LIFANTE VIDAL, Isabel (1999): "Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", en *Doxa*, nº 22, pp. 171-193.

LUZZATI, Claudio (1990): "Discretion and 'Indeterminacy' in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", en Letizia Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, G. Giappichelli editore, Torino, pp. 123-137.

MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

NINO, Carlos S. (1985): *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires.

OPPENHEIM, Felix (1961): *Dimensions of Freedom. An analysis*, New York, St. Martin's Press.

OST, François (1993): "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", trad. Isabel Lifante, en *Doxa*, nº 14, 169-194.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1983): "Sobre los conceptos de la libertad", en *Anuario de derechos humanos*, n° 2, pp. 513-549.

SÁINZ MORENO, Fernando (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ed. Civitas, Madrid.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis (1995): "Discrecionalidad y Derecho procesal", en *Justicia*, nº III-IV, pp. 51-61.

WALUCHOW, Wilfrid J. (1983): "Strong Discretion", en *The Philosophical Quarterly*, vol. 33, nº 133, 1983, pp. 321-339.

DERROTABILIDAD SIN INDETERMINACIÓN*

María Inés Pazos
CIDE

0. Introducción

La mayoría de las discusiones actuales de filosofía jurídica sobre derrotabilidad la han entendido como una forma de indeterminación semántica.[1] En particular, como la indeterminación del significado de una expresión debida a la imposibilidad de expresar en una regla semántica todas las condiciones necesarias negativas (es decir, las excepciones) para pertenecer a una clase. Quienes suscriben esa tesis de la derrotabilidad como indeterminación parecen haber pasado por alto una línea de investigación sugerida en el trabajo que dio nombre al problema de la derrotabilidad. En "The Ascription of Responsibility and Rights", H. L. A. Hart dice:

> *La consideración del carácter derrotable de los conceptos jurídicos... pone de manifiesto cuán equivocado sería sucumbir a la tentación, ofrecida por las modernas teorías del significado, de identificar el significado de un concepto jurídico, digamos "contrato", con la formulación de las condiciones en las cuales se sostiene que los contratos existen."*[2]

En esta presentación defenderé una noción de derrotabilidad básica para conceptos y una derivada para enunciados, en particular normas jurídicas, nociones ambas que no suponen indeterminación semántica. En la defensa de estos conceptos retomaré la idea germinal de Hart citada: la derrotabilidad depende de la existencia de significados respecto de los cuales no se pueden formular condiciones de aplicación necesarias y suficientes. Esta

* Agradezco a Raymundo Morado, Rodolfo Vázquez, Juan Antonio Cruz Parcero y a los integrantes de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, las valiosas observaciones hechas acerca de este trabajo las que, en mayor o menor medida, lo modelaron y ayudaron a precisar su contenido.

[1] Véase por ej. [Alchourrón, 1996], [Súcar y Rodríguez, 1998], [Navarro y Rodríguez, 2000], [Bayón, 2000].

[2] [Hart, 1948], traducción de Germán Súcar y Agustín Iglesias.

idea, conceptualmente, no requiere de indeterminación semántica sino bajo ciertos presupuestos de la Teoría del Significado. Por eso, en mi propuesta de un concepto de derrotabilidad sin indeterminación argumentaré contra la tesis semántica tradicional que identifica los significados con la formulación de condiciones de aplicación o de verdad, en particular cuando se las vincula a conjuntos de condiciones necesarias y suficientes.

Finalmente sostendré que, dado que en los casos de derrotabilidad no hay indeterminación derivada de ese carácter, entonces respecto de los enunciados y en particular las normas derrotables la lógica deductiva es aplicable.

Sin embargo, una lógica no deductiva a la que llamaré "derrotable" será aplicable simultáneamente a normas derrotables e inderrotables y resultará útil 1) para la aplicación de normas y enunciados genuinamente derrotables en estados de información incompleta y 2) para la aplicación de enunciados y normas con excepciones indeterminadas.

1. Derrotabilidad de conceptos

En el artículo citado[3] Hart defendió la derrotabilidad sistemática de los conceptos jurídicos. Uno de los ejemplos en que se apoyó fue el de contrato.

Según Hart el concepto de contrato del derecho inglés es derrotable por ciertos hechos. Lo explica del siguiente modo: en ese orden jurídico hay ciertas condiciones necesarias para la existencia de un contrato, tales como la concurrencia de dos partes, una oferta de la primera y aceptación de la segunda, etc. Además hay excepciones o condiciones negativas para la existencia de un contrato. Las excepciones tienen la propiedad de que no puede hacerse una lista completa de ellas.

Las excepciones a los conceptos jurídicos como el de contrato, afirma Hart, conforman así *listas abiertas*. La consecuencia importante que extrae de ello es que **no es posible formular condiciones suficientes para pertenecer a la categoría o concepto en cuestión**. Afirma que **es absurdo usar en conexión con los conceptos jurídicos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes.** Un intento de dar ese conjunto de condiciones, sostiene, distorsionaría los conceptos.

Las observaciones de Hart sobre derrotabilidad en aquel artículo inaugural eran sugestivas porque vinculaban el problema, que aún no estaba identificado con precisión, a dificultades no en el lenguaje sino en la teoría del significado. Pero para que el acento pudiera volver a ponerse en ese

[3] Véase nota 2.

punto, como intento hacer ahora, era necesario que el problema mismo de la derrotabilidad llegara a identificarse con precisión.

El artículo de Hart tuvo la importancia de marcar el origen de un problema que no se reconoció explícitamente como tal sino hasta mucho después[4]. Hoy adquiere una nueva relevancia porque puede reconocerse en él el germen de una explicación interesante del problema.

En este momento el tema ha sido ya tratado por una parte por numerosos filósofos del derecho y por otra por lógicos que se aproximaron a la derrotabilidad desde perspectivas diferentes. Ahora ya es posible dar al menos una caracterización precisa y general de la derrotabilidad, así como una especificación de los problemas que origina en el ámbito jurídico.

Las discusiones filosóficas usaron variedad de conceptos de derrotabilidad, mi caracterización depende en gran parte de una decisión metodológica: la de seleccionar uno de entre los distintos conceptos "vigentes" de derrotabilidad. La decisión la tomé apoyada en dos hechos. En primer lugar, el concepto que elijo es útil para dar cuenta de la mayor parte de los casos que se han considerado ejemplos de derrotabilidad. Y en segundo lugar, la escogida, a diferencia de la que critico, es una concepción consistente.

Mi identificación y explicación del problema, así como el concepto que uso, difieren de las mayor parte de las elaboraciones hechas en filosofía jurídica en que ellas se sujetan a una concepción tradicional del significado y como consecuencia de ese compromiso se ven conducidos a ver a la derrotabilidad como un caso de indeterminación semántica. Por eso llamaré concepciones tradicionales sobre la derrotabilidad a las que la identifican como una forma de indeterminación.

La razón para apartarme de las elucidaciones tradicionales es que creo que esas explicaciones distorsionan el problema de fondo porque sus herramientas conceptuales les impiden dar cuenta de las intuiciones básicas sobre la derrotabilidad debido a las deficiencias de su teoría del significado. Esas explicaciones mantienen tensiones entre las intuiciones en que se apoyan y las explicaciones que dan de ellas.

Finalmente, el concepto que elijo es el más interesante, porque representa un fenómeno novedoso, diferente del tema tradicional de la indeterminación semántica. Esta noción de derrotabilidad de conceptos originará una noción análoga de derrotabilidad de enunciados que difiere de las tradicionales en los mismos aspectos que aquella.

---

[4] Cuando C. Alchourrón trasladó sus estudios lógicos sobre teoría del cambio (de sistemas normativos y, posteriormente, de creencias) al problema de los conflictos normativos. Véase [Alchourrón, 1993].

1.1 Definiciones

Definiré la a la derrotabilidad de conceptos como una propiedad relacional entre ellos.[5]

Derrotabilidad estricta

(Df. D) Un concepto V es (genuinamente) derrotable respecto de otro P si y sólo si P determina una clase de elementos que normalmente son V y además es posible que existan elementos en P que no son V.

Usaré las siguientes convenciones terminológicas:

"Casos anormales" o "no-normales" referirá al subconjunto de los elementos de cualquier concepto (y en particular uno derrotable), caracterizado por la propiedad no definida de la anormalidad. "Casos normales" serán aquellos que carezcan de esa propiedad. El enunciado "los P normalmente son V" será entendido como "Los P normales son (todos) necesariamente V". "Casos excepcionales" o "excepciones" nombrarán a un subconjunto de los casos anormales, a saber, aquellos en los que el concepto resulta derrotado. Los casos excepcionales son anormales, pero no todos los casos anormales son excepciones.

Escribiré "V es derrotable respecto de P (bajo alguna definición de derrotabilidad)" como "D(V,P)".

En adelante hablaré de objetos (casos, ejemplos, etc.) V y objetos (casos, ejemplos, etc.) P como manera de identificar a objetos que pertenecen a clases V y P que están en la relación D(V,P) o respecto de las cuales se está analizando la concurrencia de ella. Eventualmente usaré las letras V y P simplemente para nombrar clases o conceptos, lo que se hará evidente por el contexto.

Hechos derrotantes

Cuando, siendo un concepto V derrotable respecto de otro P, de hecho ocurre que hay un elemento en P que no es V, decimos el concepto V ha sido *derrotado* por ese hecho.

(Df. HD) A los hechos que si ocurrieran derrotarían a un concepto los llamamos "hechos derrotantes" de ese concepto.

En el ejemplo de Hart, V representa el concepto de contrato, P está constituido por las entidades que satisfacen las condiciones A, B y D. El subconjunto de los elementos normales de P constituye el de las entidades P que son contratos. Si es posible que haya elementos que satisfagan las condiciones A, B y D que sean anormales, y también que de ellos algunos no

[5] La idea básica de la derrotabilidad como una propiedad relacional me fue sugerida por Raymundo Morado.

sean contratos, entonces decimos que el concepto de Contrato es *genuinamente derrotable*. La derrotabilidad genuina consiste en la posibilidad de ser derrotado. Si la posibilidad se actualiza entonces el concepto es *derrotado*.

Podemos hablar de conceptos derrotables en un ámbito descriptivo y uno normativo. En el primer caso un concepto V será derrotable respecto de P cuando sea **verdad** que los P son normalmente V y sea posible que haya objetos P que no sean V; en el segundo caso lo será cuando una norma de algún sistema S **disponga** que los P normalmente son V pero el mismo sistema deje abierta la posibilidad de que haya objetos P que no sean V.

Apliquemos ahora la definición de derrotabilidad **(Df. D)** al caso del concepto de contrato. V (Contrato) es derrotable respecto de cierto sistema normativo S, porque ese sistema constituye a las entidades P (que poseen las propiedades A, B y D) en contratos, de modo que en S hay una norma según la cual los P normalmente son V. Pero además, esa norma tiene excepciones, es decir, se admiten casos de P (digamos, acuerdos, voluntarios entre personas capaces) que son excepcionales (por ejemplo porque tienen objeto inmoral) y además no son contratos.

Derrotabilidad Amplia

Es posible dar una definición general de derrotabilidad que abarque el caso límite en que sea imposible que haya elementos de P que no sean V (sean o no normales todos los P). En este caso intuitivamente diríamos que el concepto no es derrotable, o que la propiedad de derrotabilidad es espúrea, porque no puede haber hechos derrotantes. Esta definición amplia de derrotabilidad es la siguiente.

(Df. DA) Un concepto V es derrotable (genuina o espuriamente) respecto de otro P si y sólo si P determina una clase de elementos que normalmente son V.

Nuevamente podemos hablar de conceptos derrotables en este sentido genérico en un ámbito descriptivo y uno normativo. En el primer caso un concepto V será derrotable respecto de P cuando sea verdad que los P son normalmente V; en el segundo caso, cuando una norma de algún sistema S disponga que los P normalmente son V.

Esta última definición calificaría como derrotable al concepto de contrato aún cuando no pudiese haber casos excepcionales, es decir, cuando todos los A, B y E fueran necesariamente V (en el sentido normativo de necesidad). Por eso esta noción no es adecuada para rescatar la noción intuitiva de derrotabilidad, que exige la posibilidad de las excepciones. Será útil, en cambio, para reflejar en el ámbito formal el hecho de que los conceptos inderrotables satisfacen las propiedades lógicas de los derrotables, aunque no ocurre a la inversa.

Teniendo en cuenta esta elucidación pueden precisarse del siguiente modo las ideas originales de Hart acerca de las condiciones previstas y las imprevisibles para pertenecer a la denotación de un concepto jurídico. Las circunstancias expresas serían condiciones (posiblemente necesarias y) *normalmente* suficientes. El conjunto de condiciones suficientes a secas debería incluir todas las condiciones necesarias negativas o excepciones para la pertenencia a la clase. Las excepciones equivaldrían a los casos anormales en los que se cumplieran todas las condiciones normalmente suficientes, pero ocurrieran además condiciones extraordinarias que originaran la exclusión de la clase. Cuando existieran excepciones de esa clase el concepto jurídico sería derrotable.

1.2 Conceptos Modales

Es necesario aclarar el tipo de posibilidad usado en las definiciones anteriores. Aquí debo mencionar dos candidatos adecuados para definir dos clases de derrotabilidad análogas pero diferentes. Se trata de la posibilidad fáctica y la posibilidad normativa.

Como mencioné, un concepto puede ser derrotable respecto de otro al menos en dos ámbitos, uno descriptivo y uno normativo.

Un concepto es derrotable respecto de otro en el ámbito descriptivo, cuando el vínculo D(V,P) que requiere **(Df. D)** entre ellos, es descriptivo. D(V,P) es **verdadero** cuando es **verdadero** que los P normalmente son V (es decir, necesariamente todos los P normales son V, donde la necesidad es fáctica) y además es **fácticamente posible** que haya entidades P que no son V.

Un concepto es derrotable respecto de otro en el ámbito normativo, respecto de un sistema S, cuando el vínculo D(V,P) que requiere **(Df. D)** entre ellos, es normativo. D(V,P) **se sostiene** en el ámbito normativo cuando una norma de un sistema S **dispone** que los V (normalmente) son P (es decir, que necesariamente todos los V normales son P, donde la necesidad es normativa) y además es **normativamente posible** que haya P que no son V.

En cuanto a la posibilidad y necesidad fácticas, me remito al concepto estándar que no discutiré. Un enunciado descriptivo, debe entenderse que es genuinamente derrotable si y sólo sí se cumplen las condiciones de **(Df. D)** entendiendo los conceptos modales en el sentido fáctico.

El caso es diferente cuando los enunciados que se consideran son normas (en el sentido de pertenecer a un sistema normativo) y además no son descriptivos sino o bien adscriptivos o bien definicionales[6]. El primer caso ocu-

[6] Por supuesto, si una norma tuviera por contenido una proposición, deberá usarse el sentido fáctico de posibilidad para evaluarla respecto de la derrotabilidad.

rre cuando la norma contenida en el enunciado vincula dos clases disponiendo que los casos de la primera clase son (normalmente) casos de la segunda. El enunciado constituye a los elementos de una clase P como elementos de V, en lugar de reconocer una pertenencia previa. (Ej. "Los menores de 18 años no pueden enajenar bienes recibidos a título gratuito". En esta norma los menores son constituidos como elementos de la clase de los que tienen prohibido enajenar ciertos bienes). Aquí, pertenecer a la segunda clase es una consecuencia normativa de pertenecer a la primera. Si el sistema dispone sólo que los casos de P son normalmente casos de V, entonces diremos que no hay una relación de consecuencia normativa necesaria. Si en cambio la norma establece que todos P son V (Ej. "Las personas físicas son capaces de derecho"[7] o "Toda sentencia de primera instancia puede ser apelada") entonces es normativamente imposible que haya P que no sean V. En ocasiones será claro que una norma establece una relación de necesidad normativa y en otros no. En el último caso habrá indeterminación semántica.

Una norma adscriptiva es derrotable cuando se cumple **(Df. D)** respecto de ella entendiendo los conceptos modales (posibilidad, necesidad, imposibilidad) como normativos. En los casos en que, debido a la vaguedad de las normas, no sea claro si hay hechos derrotantes normativamente posibles, entonces estará indeterminado si el enunciado que estamos evaluando respecto de **(Df. D)** es o no genuinamente derrotable.

Finalmente, hay ocasiones en las que es semánticamente imposible que un concepto V sea derrotado respecto de otro concepto P porque parte del significado de V es P (es condición necesaria ser V para ser C). Esto ocurre por ejemplo con los conceptos de ser humano y hombre. Todos los hombres son seres humanos, de modo que es semánticamente imposible que aparezcan objetos que pertenezcan a la clase de los hombres anormales y no pertenezcan a la clase de los seres humanos. El concepto de ser humano no es genuinamente derrotable respecto del de hombre, porque la imposibilidad semántica implica materialmente a la imposibilidad fáctica, de modo que, fácticamente, el concepto de ser humano no puede ser derrotado respecto del de ser hombre.

Hay normas que establecen vínculos semánticos. Cuando el vínculo que establece una norma de contenido semántico es el de inclusión de los elementos de una clase en los de otra, surge de ellas el mismo tipo de necesidad que involucran las convenciones semánticas acerca de los conceptos que usamos en el lenguaje natural. En todos los casos se trata de necesidad semántica. Como la necesidad semántica implica a la fáctica, entonces si algo

[7] En el sentido de que son titulares de al menos algún derecho.

es semánticamente imposible será también fácticamente imposible. Por eso hay casos de derrotabilidad general que por razones semánticas no son casos de derrotabilidad genuina (por no haber hechos derrotables fácticamente posibles a causa de su imposibilidad semántica). En cambio la posibilidad semántica no implica la posibilidad fáctica, por eso no basta que los hechos derrotables sean semánticamente posibles para asegurar la derrotabilidad. Es necesario determinar adicionalmente la posibilidad fáctica.

Por otro lado, la posibilidad semántica implica también a la necesidad normativa. Si una norma establece que "persona jurídica" se define como "persona física o persona de existencia ideal", entonces en el sistema que incluye a esa definición será normativamente necesario que las personas físicas sean personas jurídicas. Si otra disposición estableciera que hay personas físicas especiales, digamos, los condenados por delitos graves, que no son personas jurídicas, eso no implicaría la falta de necesidad normativa entre ser persona física y jurídica, sino que introduciría una inconsistencia en el conjunto de normas.

De modo análogo a cómo la necesidad semántica puede ser fuente de inderrotabilidad de conceptos en el ámbito descriptivo, puede serlo en el ámbito normativo. Y también de modo análogo, la posibilidad semántica de hechos derrotantes no implica la posibilidad normativa, por lo que será necesario determinar de modo adicional la posibilidad normativa para poder otorgar el carácter de derrotable a un concepto desde un punto de vista normativo.

1.3 Ejemplos

Ejemplos jurídicos

Derrotabilidad genuina: Los menores son incapaces

Según **(Df. DA)** el concepto de jurídicamente incapaz de ejercicio (la doctrina habla de "capacidad de ejercicio" por oposición a "capacidad de goce")[8] del derecho civil mexicano es derrotable respecto del de menor

[8] En el derecho mexicano, toda persona física tiene capacidad jurídica (art. 22 del Código Civil para el Distrito Federal), que es el tipo de capacidad al que la doctrina llama "capacidad de goce" (de derechos, que incluye la capacidad de contraer obligaciones), esto significa que toda persona física puede ser titular de derechos u obligaciones y realizar actos jurídicos. (Por ej. el niño recién nacido tiene derecho a ser alimentado y puede también tener derecho de propiedad sobre una herencia así como llevar a cabo el acto jurídico de reclamarla, aunque, desde luego, no por sí mismo). Pero las personas físicas no siempre tienen *capacidad de ejercicio* (art. 23 Código Civil para el Distrito Federal*);* la capacidad de ejercicio permite ejercer los derechos y cumplir obligaciones por sí mismo mediante la realización de actos jurídicos. Por el contrario, los incapaces de ejercicio, respecto a los actos para los que son incapaces, actúan por

de edad, porque los menores de edad que calificaríamos de jurídicamente normales (no poseen propiedades jurídicas especiales, tales como la de ser un menor casado o haber recibido la emancipación por otro medio jurídico) tienen incapacidad de ejercicio. Y además, según **(Df. D)**, es un concepto genuinamente derrotable porque hay un subconjunto de los menores que son excepcionales (como los menores jurídicamente emancipados) entre los que hay personas capaces de ejercer sus derechos (y adquirir obligaciones), es decir, que no tienen incapacidad de ejercicio. No se requiere que todos los menores no-normales sean excepcionales en el sentido de configurar excepciones para la aplicación del concepto derrotable. La existencia de un menor emancipado es un hecho derrotante respecto del concepto de capaz de ejercer derechos y obligaciones.

Derrotabilidad amplia: Los menores son personas físicas

Según **(Df. DA)**, ser persona física es derrotable respecto de ser menor de edad en el Derecho Mexicano, porque ese sistema dispone que los menores normalmente son personas físicas[9]. Sin embargo sólo es un concepto espuriamente derrotable porque no hay menores que no sean personas físicas[10]. Nada puede derrotar al concepto de persona física respecto del de menor de edad.

La generalidad de las definiciones permite aplicarlas también en ámbitos no jurídicos como muestran los ejemplos siguientes.

Ejemplos no jurídicos

Derrotabilidad genuina: Las aves vuelan

Volador es un concepto genuinamente derrotable respecto del de ave, porque las aves normalmente vuelan y además hay aves (anormales) que no vuelan (haya o no aves anormales que vuelen).

---

medio de sus representantes legales, que son los que, en su nombre, reclaman sus derechos o contraen obligaciones (Ej. un bebé no puede por sí mismo reclamar jurídicamente su herencia, pero puede hacerlo por intermedio de su tutor).

[9] Las personas físicas lo son desde el nacimiento y hasta la muerte, con independencia de su condición de mayores o menores de edad (Ver el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal).

[10] La ley presupone, aunque nunca dice expresamente, que la mayoría y la minoría de edad son propiedades exclusivas de las personas físicas.

Derrotabilidad amplia: los humanos son mamíferos

Mamífero es espuriamente derrotable respecto de ser humano, porque los seres humanos normalmente son mamíferos y además no hay seres humanos que no lo sean.

2. Derrotabilidad de enunciados

Enunciado Derrotable

(Df. ED) (1): Un enunciado de la forma "Los P son V" donde P y V representan conceptos, es derrotable si y sólo sí V es derrotable respecto de P.

(2) Todo enunciado semánticamente equivalente a un enunciado derrotable es derrotable.

Significado derrotable

(Df. Sg.D) El significado de un enunciado es derrotable si y sólo sí el enunciado es derrotable.

Norma derrotable

(Df. ND) Una norma derrotable es el significado de un enunciado derrotable cuyo contenido es una norma.

La definición de enunciado derrotable **(Df.ED)** contiene dos cláusulas. La primera simplemente refleja la idea de que un enunciado derrotable es el que vincula conceptos derrotables afirmando o estableciendo (según el tipo de enunciado) la relación establecida en **(Df. D)** y **(Df. DA)** entre conceptos derrotables. Análogamente a cómo definimos derrotabilidad genuina y derrotabilidad general (que incluye la derrotabilidad espúrea), podemos hablar de enunciados genuinamente derrotables (o derrotables en el sentido intuitivo) cuando el vínculo entre los conceptos es el establecido en **(Df. D)**, enunciados espuriamente derrotables, cuando se trata del vínculo establecido en **(Df. DA)** pero no se cumplen las condiciones adicionales de **(Df. D)** y enunciados derrotables en general, cuando se cumplen las condiciones de **(Df. DA)** independientemente de si además ocurren las mencionadas en **(Df. D).**

La segunda cláusula es un principio de extensionalidad según la cual enunciados equivalentes son igualmente derrotables o inderrotables**.** El principio da cuenta de la intuición de que la derrotabilidad depende del contenido de un enunciado y no de su forma, del modo de vincular conceptos y no de la formulación específica mediante la cual lo hace.

La definición **(Df. Sg. D)** da cuenta de que la derrotabilidad tiene origen en una propiedad de significados que se refleja en los enunciados derrota-

bles. La situación es perfectamente análoga a lo que ocurre con los términos de clase y sus significados, la derrotabilidad puede predicarse como una propiedad de ambos en sentidos diferentes. Fundamentalmente es una propiedad de significados y, por extensión, la predicamos de las expresiones lingüísticas que los expresan.

Por último, **(Df. ND)** define la derrotabilidad de normas que es el objeto principal de este trabajo.

Debe distinguirse la derrotabilidad de una norma de lo que en la explicación de **(Df. D)** llamamos "derrotabilidad de un enunciado en sentido normativo". Una norma, en la terminología que estoy usando, es el significado de un enunciado que pertenece a un sistema normativo. Un sistema normativo, es el contenido de un conjunto de enunciados que contiene al menos un enunciado prescriptivo[11]. Dadas estas convenciones, entre las normas podemos encontrar tanto significados prescriptivos como descriptivos, así como definiciones. Para determinar si una norma es derrotable deberemos corroborar que se cumplan los requisitos de **(Df. D)** o **(Df. DA)** (según si nos interesa saber si se trata de normas genuinamente derrotables, o derrotables en el sentido genérico), respecto de alguna formulación de la norma. Los requisitos se satisfarán, en ocasiones, si hay una relación normativa adecuada entre los conceptos V y P, en otras ocasiones, si hay un vínculo adecuado en el ámbito descriptivo. La definición **(Df. ND)** no es aplicable únicamente a los casos en que la relación de derrotabilidad dependa de vínculos normativos entre conceptos. Esto es así, porque una norma no es necesariamente prescriptiva.

El hecho de que el concepto de norma no prejuzgue acerca de su carácter prescriptivo o descriptivo requiere que nuestra noción de derrotabilidad sea lo suficientemente amplia como para dar cuenta de la derrotabilidad de normas descriptivas. Una consecuencia de esto es que el concepto de derrotabilidad que usamos para las normas se extiende fuera del ámbito normativo, aunque mi análisis está centrado en los enunciados derrotables cuyo contenido son normas.

---

[11] Adopto una concepción similar a la de Alchourrón y Bulygin, en [Alchourrón y Bulygin, 1974] donde consideran "sistema normativo" a un sistema deductivo al cual pertenezca al menos una norma y "norma" a aquel enunciado que correlaciona un caso con una solución. Esta definición de norma no exige explícitamente que se trate de un enunciado prescriptivo, sin embargo la condición se cumple dado que consideran "solución" a la caracterización deóntica de una acción (de cierto universo de acciones). Hay una diferencia: ellos llaman "sistema normativo" a cierto conjunto de enunciados, y yo al significado de ese conjunto, sin embargo no creo que sea una diferencia teóricamente relevante, dado que ellos tampoco consideran que esos enunciados sean los de algún texto o material normativo autorizado (leyes, decretos, etc.) sino más bien cualquier conjunto de enunciados que expresara lo que el Derecho dispusiera, según la concepción preferida para identificar las fuentes de Derecho.

3. Indeterminación semántica y derrotabilidad

3.1 Derrotabilidad sin indeterminación

Hasta aquí hamos desarrollado el concepto general. Acerquémonos ahora al tratamiento de la derrotabilidad desde una perspectiva semántica. ¿Constituye la derrotabilidad alguna forma de indeterminación? ¿Tal vez un tipo de vaguedad como se ha afirmado de manera general en la filosofía jurídica? Anticipo mi respuesta negativa y paso a justificar esta respuesta a partir de las definiciones dadas hasta aquí.

En filosofía jurídica se ha afirmado que la derrotabilidad es una forma compleja de vaguedad[12] y, en general, se sostiene que es una forma de indeterminación semántica[13]. La idea básica es que la derrotabilidad de un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable. Éstos no tendrían condiciones suficientes para su aplicación (dado que las excepciones -hechos derrotantes- no pueden precisarse en una regla semántica), en particular, las excepciones no estarían determinadas en el significado. Según el enfoque que llamo "tradicional", el concepto o norma estaría determinado para los casos normales e indeterminado respecto de los demás, incluyendo a las excepciones.

Sin embargo, si fuera así, esto es, si las excepciones no estuviesen determinadas, entonces no podría afirmarse que existen elementos, hechos o entidades que a pesar de satisfacer un conjunto de condiciones para pertenecer a una clase P (como la de ser menor), no pertenecen a otra V (como la de ser capaz) debido a que se trata de uno de los casos anormales derrotantes del concepto V. No podría afirmarse esto porque si el concepto V estuviese indeterminado respecto de todos los casos anormales, entonces no estaría determinada ni la pertenencia ni la no pertenencia de esos elementos. La derrotabilidad en el sentido de **(Df. D)** no podría establecerse. Así, si los conceptos derrotables estuvieran indeterminados respecto de sus excepciones, no serían derrotables según la definición que hemos dado y que, sostengo, recoge adecuadamente las intuiciones preteóricas acerca de la noción de derrotabilidad.

Por cierto es usualmente imposible de hecho fijar mediante una regla semántica todas las excepciones posibles, respecto de la pertenencia a una clase V de los elementos de otra clase P (cuyos elementos normalmente son V). Obviamente, para cada excepción que se detecte puede extenderse la regla semántica incluyéndola como condición necesaria negativa. Sin embargo, no puede darse una regla que contemple todas las excepciones, porque la

[12] [Alchourrón, 1996]

[13] Véase nota 1.

formulación de la regla es un acto lingüístico que supone el reconocimiento de aquellas, y muchas de ellas son imprevisibles. Por otra parte, si se sostuviera la existencia de la regla semántica aunque de hecho no se la pudiera formular (por una incapacidad epistemológica de los sujetos) entonces por una parte esto comprometería a sostener el carácter finito de las excepciones (o al menos de los tipos de excepciones) y por otra, a creer en la existencia de algo (una regla semántica) sin evidencia alguna a favor.

Si a la advertencia de la verdad de ese hecho (la inexistencia de reglas que fijen las excepciones) se suma la aceptación de la tesis semántica tradicional de que

(PS) El significado de una expresión lingüística está determinado por la formulación de las condiciones de aplicación de esa expresión (o del concepto nombrado por ella)

entonces, una conclusión ineludible es que la clase V está indeterminada.

Pero esa conclusión se opone a la afirmación intuitiva y estándar de que en los casos de derrotabilidad (genuina) hay excepciones. Usualmente se sostiene que es en virtud de esos hechos excepcionales que el concepto es derrotable y no en virtud de hechos cuya pertenencia a la clase no esta determinada y que, dada esa indeterminación, ni pertenecen ni no-pertenecen a ella.

Si en cambio abandonamos **(PS)** y afirmamos que el significado puede estar determinado aún en ausencia de una regla semántica como la mencionada, ello nos permitirá sostener simultánea y consistentemente que, respecto de los conceptos derrotables, aunque no exista una regla que fije las excepciones de cualquier modo su significado está determinado y por lo tanto también las excepciones. De hecho, si no lo estuvieran, no diríamos que son excepciones sino únicamente que no está determinado si constituyen excepciones o no.

En una primera aproximación al concepto de determinación, podríamos sentirnos tentados a decir algo como: "Un concepto está **determinado** (i.e. no es vago) si y sólo si establece la pertenencia o no pertenencia de cada entidad individual al conjunto que el concepto denota".

Sin embargo, así definida la determinación de un concepto es una cuestión de todo o nada: o bien el concepto determina completamente la pertenencia de los individuos a una clase y así está determinado, o bien no lo hace. Si no lo hace es un concepto indeterminado aún cuando deje un sólo individuo sin clasificar. En este sentido casi ningún concepto está determinado. Bajo esa definición el concepto de determinación sería prácticamente inaplicable. Es más útil usar una noción de determinación relativa a una clase. Diremos así que:

(Df. Det. Relativa) Un concepto V está **determinado** (i.e. no es vago) respecto de otro concepto P si y sólo si establece la pertenencia o no pertenencia de cada entidad individual de P al conjunto V que el concepto denota.

Si el derecho dispone por ejemplo que los menores emancipados son siempre capaces, entonces el concepto de capaz (V) estará determinado respecto del concepto de menor emancipado (P). Esto será así independientemente de que sea posible formular una regla semántica que contemple ésta y todas las demás excepciones para la pertenencia a V de un elemento cualquiera de P. De este concepto de determinación relativa y la definición **(Df. D)** de derrotabilidad se sigue que los conceptos derrotables están determinados, al menos respecto de los casos que constituyen sus excepciones. Por supuesto, es posible que esos conceptos, con independencia de su derrotabilidad, además sean vagos respecto de distintos conceptos.

Un contrargumento inmediato sería el de que la definición **(Df. D)** es inadecuada por no reflejar correctamente los casos intuitivos de derrotabilidad, o los que se han considerado tales en la literatura. Como dije, creo que el concepto rescata la mayoría de los ejemplos que sirvieron de base a los estudios del problema realizados desde ámbitos jurídicos, que son los que estoy revisando aquí. Por lo tanto el contrargumento no se sostiene. Para verlo, consideremos brevemente algunos ejemplos que los autores han usado, que clasificaré en tres grupos.

I. Excepciones implícitas respecto de un enunciado o conjunto de enunciados jurídicos, pero expresas en el ordenamiento.

♦ 1. Todo conductor debe detener su automóvil frente a un semáforo en rojo. Pero si va a doblar hacia la derecha entonces ya no tiene ese deber[14].

Es un ejemplo claro de derrotabilidad debida a excepciones expresas, dado que normalmente en el mismo reglamento que obliga a detenerse frente a los semáforos en rojo se establece la excepción mencionada.

II Excepciones implícitas en el orden jurídico.

♦ 2. En los Estados Unidos de Norteamérica, una ley declara ilegal que una persona asista o aliente la inmigración de cualquier extranjero a los Estados Unidos mediante un contrato o acuerdo efectuado con anterioridad al ingreso, a los efectos de que el extranjero lleve a cabo trabajos o servicios de cualquier clase. Pero si se trata de un pastor contratado por una Iglesia para prestar sus servicios en Estados Unidos, entonces el contrato no es

[14] [Alchourrón, 1996] Pág. 24.

ilegal. La excepción específica no se halla prevista, pero la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica consideró en un caso que se sometió a jurisdicción, que ella estaba implícita[15].

- 3. Una viuda puede cobrar una pensión por la muerte de su esposo. Pero si lo ha matado para cobrar la pensión, entonces ya no goza de ese derecho.

III. Casos de vaguedad donde las excepciones son determinadas en la decisión judicial.

- 4. Revísense nuevamente el primero de los dos ejemplos anteriores. Si se entiende que la excepción considerada implícita en el ejemplo no lo está, sino que fue introducida por vía interpretativa de una disposición vaga, estaremos ante un caso de este tercer tipo.
- 5. La ley penal sanciona el homicidio con cierta gravedad. Pero si la muerte ha sido causada por piedad, como por ejemplo en un caso de eutanasia, entonces no es claro que la sanción deba ser la misma. Una corte podría interpretar la eutanasia como homicidio simple o considerarlo excluida de la norma general. Ambas disposiciones estarán enmarcadas dentro de lo que la vaguedad del derecho permite, pero ninguna estará determinada por el sistema. La decisión judicial que excluya un caso de eutanasia habrá derrotado la norma de que el homicidio debe ser penado.

Respecto de muchos casos de excepciones implícitas puede argumentarse que las excepciones no están contenidas en el sistema normativo, sino que son introducidas por vía interpretativa, sea judicial o de la teoría jurídica. Pero esos argumentos no siempre son correctos. En particular sostendré que no lo son para los casos que genuinamente caen en el tipo II de la clasificación anterior. Los casos del tipo III no los considero ejemplos de derrotabilidad y por lo tanto quedarán fuera de mi análisis. Sin embargo, sostengo que gran parte de los casos genuinos de derrotabilidad de casos del tipo II los teóricos los han incluido en la categoría III como una consecuencia natural de su compromiso con la semántica tradicional. Por otra parte, se vieron obligados a olvidar a los del tipo I en su explicación teórica por no poder verlos como casos de vaguedad. Así, aunque los tres tipos de casos son usualmente considerados parte del ***explanandum,*** el ***explanans*** que los teóricos proponen no alcanza a todos.

Mi explicación en cambio da cuenta de todos y denuncia al último grupo, una vez depurado mediante la captura de aquellos casos del tipo II

[15] [Alchourrón, 1996b] pág. 26-27 de la traducción al español.

que los teóricos han ubicado incorrectamente en III, como casos ajenos al ***explananum***.

Revisemos los ejemplos. Para hacerlo, en primer lugar los parafrasearé para darles la forma general de la definición **(Df. ED) (1).** Cada paráfrasis consta de dos partes. La primera representa una presunta norma derrotable. La segunda proporciona datos adicionales, tomados del sistema normativo correspondiente, acerca del vínculo normativo entre los conceptos usados en la primera parte.

- 1. Los conductores deben detener su automóvil frente a un semáforo en rojo.

  Pero hay casos (cuando van a doblar hacia la derecha) en que los conductores no deben detenerse frente a un semáforo en rojo.
- 2. Los contratos que alienten la inmigración de extranjeros son ilegales.

  Pero hay casos de contratos con esas características (los que tienen por objeto contratar a un sacerdote) que no son ilegales.
- 3. Las viudas pueden cobrar una pensión por la muerte de su esposo.

  Pero hay casos de viudas (las que hubieran matado a su esposo con el fin de cobrar la pensión) que no gozan de ese derecho.
- 4. Los contratos que alienten la inmigración de extranjeros son ilegales.

  Pero no es claro que los contratos que tengan por objeto contratar sacerdotes estén incluidos por la disposición.
- 5. Si alguien mata a otro debe ser sancionado.

  Pero no es claro que la muerte por eutanasia deba ser sancionada.

Los 5 ejemplos representan, por hipótesis, normas, de modo que serán normas derrotables si son derrotables los enunciados que las formulan (por **(Df. ND)**). Estos a su turno serán derrotables si son equivalentes a enunciados de la forma "Los P son V" que vinculen conceptos derrotables (por **(Df. ED) (1)** y **(2)**). Así, falta determinar si los 5 enunciados anteriores vinculan conceptos derrotables según nuestras definiciones.

Recordemos que un concepto V puede ser genuinamente derrotable respecto de otro P **(Df. D)** o derrotable en general respecto de aquel **(Df. DA).** Es genuinamente derrotable si es el caso que los P normalmente son V. Y es derrotable en general si además es (fáctica o normativamente) posible que haya casos de P que no sean V.

Respecto de todos los casos anteriores se sostiene "Los P son normalmente V" (donde P y V son variables que representan los conceptos específicos de los diferentes enunciados). Así, todos son casos de normas derrotables bajo el concepto general (bajo **(Df. DA)**). Efectivamente, en el contexto del orden normativo al que pertenece cada norma, se sostiene respectivamente que los conductores normalmente deben detener su automóvil frente a un

semáforo en rojo; los contratos que alienten la inmigración de extranjeros normalmente son ilegales; las viudas normalmente pueden cobrar pensión por la muerte de sus esposos y si alguien mata a otro normalmente debe ser sancionado.

Podría considerarse en particular los dos últimos casos, los de vaguedad. En ellos la norma considerada dispone que "los P son normalmente V". Se supone que en ambos es vago el contenido de la disposición. En los dos ejemplos citados, la vaguedad que se pretende que hay consiste en la indeterminación respecto de la aplicación del concepto V a casos P, y no en el significado de P o de V. Lo que no está determinado es cuales de los referentes de P son también V.

En particular, en 4 no está determinado si las viudas que matan a su esposo para cobrar pensión tienen o no derecho a ella. En 5 no está determinado si los casos de eutanasia deben ser sancionados igual que otros casos en que alguien mata a otro. No se plantean dudas acerca del concepto de viudez, del de pensión, del de matar o el de aplicar una sanción penal.

La analogía de estos dos casos con los tres anteriores, que los hace similares a esos ejemplos típicos de derrotabilidad, se muestra en el papel del concepto de excepción. En los casos 1 a 3 hay excepciones a la norma general de que los P son V, esto es, casos de P que no son V. En los últimos dos, en cambio no hay determinados casos de excepción sino que hay una indeterminación de esos casos. No se sabe qué casos de P deben quedar excluidos de la generalización, o si hay tales casos.

Esa indeterminación de las excepciones, al menos en los dos ejemplos considerados, no parece afectar a los casos de P normales. En particular, no parece ser problemático determinar si en los casos normales de viudez corresponde asignar una pensión, o si en las acciones normales de matar a otro debe aplicarse una sanción. La indeterminación se plantea respecto de los casos anormales. Eso puede explicarse con base en el hecho de que la consecuencia normativa de tener derecho a una pensión por viudez o ser sujeto de una sanción son situaciones normativas previstas especialmente para los casos normales. Esos son los que se tuvieron en cuenta al dictar la norma y por eso los casos normales están, por decirlo en una terminología frecuente[16], en la zona clara del significado de la norma.

[16] En [Hart, 1961] el autor habla de lo que llama "textura abierta del lenguaje", propiedad que puede y con frecuencia ha sido entendida como vaguedad. En esa obra Hart describe la situación de los conceptos de lenguaje ordinario como jurídico, como teniendo ellos una **zona clara** respecto de la cual es determinable con facilidad qué elementos pertenecen a la clase que corresponde al concepto, esta zona es rodeada de una de penumbra que representa el conjunto de casos que no está determinado si pertenecen o no a la clase. Fuera de ella, puede pensarse en una zona donde está determinado que los elementos definitivamente no pertenecen a la clase considerada.

Las consecuencias normativas contenidas en los conceptos V de las normas están previstas para ser aplicadas a los casos normales de P, y por eso, aún cuando pueda estar indeterminado el status de los casos anormales, no lo está el de las instancias normales del concepto.

Aunque es posible que haya algún grado de indeterminación también respecto de algunas instancias de normalidad, esta situación de hecho no es frecuente. Así, en casos de enunciados generales como las normas de los ejemplos 4 y 5, donde existe una indeterminación en la relación entre los conjuntos P y V, esa indeterminación en general afecta a los casos anormales de P pero no a los normales, lo que permite que la relación de inclusión entre el conjunto de los P normales y el conjunto de los V, relación expresada en la norma "Los P son (normalmente) V" esté determinada.

De este modo, los 5 enunciados considerados son derrotables en general, esto es, según el concepto de derrotabilidad que incluye los casos no genuinos, los de conceptos inderrotables. Bajo este concepto incluso los enunciados semánticamente necesarios (tales como: "los contratos bilaterales son celebrados entre dos partes") son derrotables y también las verdades lógicas. El concepto general de derrotabilidad, como señalé, es importante desde un punto de vista teórico porque nos permite ver que un conjunto de propiedades de los conceptos derrotables son también propiedades de los inderrotables. Sin embargo no da cuenta de la noción intuitiva de derrotabilidad que es la de derrotabilidad genuina. Este es concepto con que intento recoger la noción de derrotabilidad trabajada en la literatura jurídica.

La definición de derrotabilidad genuina incorpora la idea intuitiva, de que un enunciado derrotable es uno con excepciones implícitas. Esa es la que ha sido usada con más frecuencia en la literatura para definir la derrotabilidad. Los ejemplos 1 a 3 satisfacen la condición exigida por la definición de derrotabilidad genuina: la existencia de excepciones en el ordenamiento. Los casos de excepciones expresas e implícitas en el ordenamiento son, según nuestro concepto, casos de derrotabilidad.

Concentrémonos en los últimos dos ejemplos, ambos casos de vaguedad.

La indeterminación que se alega que existe en esos enunciados no depende de conceptos involucrados en los enunciados, los de contrato, alentar la inmigración, ilegal, matar, sanción, eutanasia. Ellos pueden ser vagos, pero la indeterminación no se plantea aquí debido a eso. Parece claro que la eutanasia es un caso de muerte y que contratar un sacerdote extranjero alienta su inmigración. Lo que se alega que está indeterminado es el vínculo que el enunciado establece entre esos conceptos. El problema no radica tampoco en el vínculo consistente en que los P sean normalmente V.

La relación que no está clara es la que ocurre entre los P anormales y los V. En particular, no está claro cuales de esos P no son V. Respecto de un subconjunto de los P-anormales (los contratos con sacerdotes, los actos de eutanasia) está indeterminado si son o no son V (si son contratos ilegales, si deben ser sancionados).

La vaguedad no dependería de la vaguedad de los conceptos, al menos en estos dos casos, sino de la parte del significado involucrada en el contexto. El significado depende en parte de los términos, pero tanto el significado de un término como el de una oración es contextual en un sentido muy amplio. Ambos dependen de un conjunto heterogéneo de factores, tales como la ubicación del término o la oración en un texto más amplio, del uso de la expresión, del papel en el discurso, del conjunto de presupuestos que el hablante o los destinatarios tengan en común, etc. Lo que hace que un enunciado como "las aves vuelan" sea, en la mayoría de sus proferencias, derrotable en lugar de falso es justamente el contexto, él determina que su significado sea general con respecto a los casos normales y no estrictamente general (todas las aves vuelan).

Pensemos en una emisión particular de "El aumento de presión ejercida sobre un gas disminuye su volumen". Este enunciado será entendido en la mayoría de los contextos como una afirmación de la ciencia física que afirma que el aumento de la presión disminuye el volumen de un gas si no se alteran otros factores, en particular, la temperatura. No diríamos que ese enunciado deja indeterminado lo que le ocurriría a un gas respecto del aumento de volumen, en caso de variación de la temperatura. Diríamos más bien que el enunciado supone el resto de la teoría física y que en definitiva no hay indeterminación, porque el enunciado, más la teoría en cuyo contexto está el enunciado, determinan todos los casos. Puede discutirse qué parte del significado pertenece al enunciado y qué parte a la teoría física en general. Alguien estaría dispuesto a afirmar que el enunciado en sí está indeterminado y que lo determina el conjunto de la teoría. En todo caso, el enunciado más el contexto determinan la situación de los casos particulares. No es importante decidir si es el enunciado (en su contexto) el "responsable" de esa determinación, o si es el contexto pero no el enunciado.

En cambio consideremos el enunciado: "Las aves vuelan". Según las condiciones en que se formule, podría no ser clara la situación de las aves anormales. Podemos imaginar contextos en los cuales alguien que afirmara ese enunciado, ante una pregunta por la capacidad de volar de los pingüinos respondiera "por supuesto que no vuelan". Pero también podemos imaginar situaciones en las cuales la respuesta fuera simplemente: no se sabe. Depen-

de del contexto en que el enunciado fue proferido. En algunos casos estará indeterminado y en otros no.

Análogamente, el significado de una formulación normativa depende del contexto normativo. Y en ese contexto, el significado puede estar indeterminado. Que un enunciado de la forma "Los A son B" esté indeterminado en el contexto de un sistema normativo dependerá del total del sistema. En cada caso habrá que hacer un estudio antes de tomar una decisión acerca de la indeterminación de la situación normativa de los casos-P mencionados en un enunciado (que ya se ha determinado que es) general de normalidad.

Concedo que respecto de los enunciados normativos, en muchos casos en que concurre derrotabilidad en sentido amplio hay también, de hecho, indeterminación. Cuando eso ocurre, ¿qué sucede respecto del segundo requisito de la noción de derrotabilidad? ¿son éstos casos de excepciones implícitas y así, ejemplos de derrotabilidad genuina?

Claramente no. Son casos en los que no están determinadas las excepciones. Respecto de las circunstancias normales está determinado que no hay tales excepciones, pero respecto de los casos anormales, respecto de las entidades que no se sabe si pertenecen o no al concepto P respecto del cual se cuestiona que otro concepto V sea derrotable, para esas entidades no está determinado si son V o no lo son. No hay excepciones implícitas porque no hay una parte del significado de la norma o su contexto que se refiera a los casos excepcionales e indique si alguno de ellos debe ser excluido o no de V. Hay genuina indeterminación semántica en el sistema (independientemente de si esta indeterminación es una propiedad de la norma "Los P son V" o si se necesita hablar de una indeterminación del sistema que la contiene). La indeterminación existe en particular respecto de la extensión del concepto P que podría contener excepciones a V, esto es, respecto de los casos anormales de P.

Así, los ejemplos 4 y 5 no pueden ser clasificados como casos de derrotabilidad según mis definiciones. Pero eso es lo que debería haberse esperado. He dicho que la derrotabilidad no es un tipo de vaguedad. Si las normas derrotables fuesen vagas y las excepciones no estuvieran determinadas en el ordenamiento, entonces no hablaríamos de excepciones. No diríamos que hay excepciones sino, a lo sumo, que no se sabe si las hay, que el sistema no determina cómo resolver los casos anormales.

En cambio, si admitimos que la derrotabilidad existe cuando las excepciones están determinadas en el sistema normativo, entonces estaremos en condiciones de distinguir dos situaciones diferentes de los casos anormales de una clase, aquellos respecto de los cuales el sistema da una solución (por ejemplo, excluirlos de las consecuencias establecidas para los casos normales, volviendo derrotable la norma), y aquellos en los que no hay solución

sino indeterminación normativa. En el primer caso un juez, si entiende las normas, sabrá cómo debe resolver un caso que caiga bajo el alcance de la norma. Creo que eso es distintivo de los casos intuitivos de derrotabilidad: es claro que algo (ciertas circunstancias) configura una excepción conforme al sistema normativo (aunque por lo general sea imposible dar una lista de las excepciones que el mismo sistema dispone). Si no viéramos a las excepciones como tales no hablaríamos de derrotabilidad, sino simplemente de indeterminación normativa.

3.2 Explicación de la posición tradicional

Ahora bien. Si la noción intuitiva excluye la de indeterminación, ¿cómo es que con tanta frecuencia en la literatura jurídica se ha considerado a la derrotabilidad como un tipo de indeterminación semántica?. La respuesta está implícita en mis desarrollos previos pero la haré explícita aquí.

Como dije, la concepción que rechazo adopta una teoría tradicional del significado según la cual, en términos muy generales, el significado de un término de clase o de una oración (declarativa)[17] equivale al significado de una formulación de las condiciones de aplicación del término y de verdad de la oración[18]. En la teoría inicial esas condiciones debían estar vinculadas con hechos empíricos.

En el enfoque que discuto, tales condiciones deben ser necesarias y suficientes para la aplicación del término o la verdad de la oración. Si no lo fueran, su formulación contendría sólo parte del significado[19]. En una con-

---

[17] Dentro la concepción general que llamo tradicional, hay variedades. Ellas difieren, entre otras cosas, acerca de si las unidades básicas de significado son las palabras o las oraciones.

[18] Una fuente directa de la concepción tradicional del significado fue la tesis de Wittgenstein en su famoso *Tractatus Logico Philosophicus*, de que las proposiciones (descripciones de hechos) eran las entidades semánticas básicas. Ellas reflejaban los hechos, constituyentes básicos del mundo, y su significado consistía en sus condiciones de verdad. Considero exponentes de la concepción tradicional entre otros a G. Frege B. Russell o G.E. Moore. Puede verse una historia de las teorías tradicionales sobre conceptos en *Theories* of *Concepts*, Morris Weitz, Routledge, Londres y New York, 1988 En especial véase la posición que discuto en el capítulo XIII.

[19] Los filósofos que desarrollaron originalmente la teoría del significado que llamo tradicional (como) las construyeron teniendo en mira principalmente conceptos matemáticos; una consecuencia de ello fue que en sus presentaciones sugirieran que los conceptos de los cuales no pudieran darse condiciones necesarias, suficientes y precisas no eran conceptos en absoluto, dado que los conceptos matemáticos debían ser precisos. Sin embargo posteriormente se aceptó que había significados parciales y actualmente está generalizada la creencia de que hay significados vagos tanto como expresiones con significado sólo parcialmente determinado. Esta creencia es la más difundida en la filosofía jurídica analítica actual, con independencia de la posición respecto de si el derecho está indeterminado o no. La tesis semántica es, entonces, que existen significados indeterminados.

cepción así, el significado depende de que se pueda formular las condiciones de aplicación o verdad. Se trata de una posibilidad lógica, la imposibilidad fáctica no afecta el significado. Por otra parte, el hecho de que no se hayan formulado tales condiciones tampoco lo afecta, él existe si y sólo si las condiciones se pueden formular.

Una consecuencia directa de asociar el significado a la posibilidad de expresar lingüísticamente tales condiciones es que la ausencia de una formulación completa de ellas implica indeterminación en el significado, porque aquella no es meramente un criterio para aplicar correctamente el lenguaje o para enseñarlo, sino un requisito para que él exista como tal, es decir para que tenga significado.

Cuando no pudiera hacerse tal lista, el significado sólo podría adquirir un significado parcial y el resto quedaría indeterminado. Así, se admitió que el lenguaje natural está compuesto principalmente por expresiones en mayor o menor medida indeterminadas.

A la concepción tradicional se formuló infinidad de críticas que en filosofía del lenguaje originaron multiplicidad de teorías del significado. Sin embargo, la filosofía jurídica analítica aún sostiene, a veces de modo implícito, una semántica tradicional como paradigma.

La crítica más común a la concepción tradicional del significado argumenta que el lenguaje natural es tal que normalmente no puede darse una lista de condiciones suficientes y necesarias para la aplicación de los conceptos, sin que tal situación afecte la capacidad de los usuarios del lenguaje de hacer uso correcto de las expresiones que representan esos conceptos.

En particular, desde la filosofía del derecho Hart puso de manifiesto que no podían expresarse las condiciones de aplicación de los conceptos jurídicos, porque no podía darse una lista de excepciones. Cualquier lista que se intentar hacer, lejos de reflejar el significado de tales conceptos, los distorsionaría.

Pero los filósofos analíticos del derecho estaban comprometidos con la tesis semántica tradicional, lo que los obligó a considerar a todos los casos en que no pudiera hacerse esa lista, como casos de indeterminación semántica. De este modo, aunque pareciera claro que en los ejemplos típicos de derrotabilidad la situación de ciertos casos anormales estuviera determinada, ellos estaban comprometidos a negarlo.

La determinación sólo podría haber sido proporcionada por algo con lo que no se contaba: reglas semánticas que precisaran la situación normativa de las instancias anormales de los conceptos P, respecto de otros conceptos V. Por ejemplo, una regla semántica que especificara que los casos de viudas que hubieran matado a su esposo para obtener una pensión no estaban

contempladas en el significado de la norma que otorgaba pensión. A falta de tales reglas, debía afirmarse que había indeterminación.

Muchos de los casos típicos eran casos genuinos de excepciones implícitas y por tanto casos genuinos de derrotabilidad. Entre ellos, los ejemplos 2 y 3 y otros aún más claros. Una norma que prohibiera el ingreso de animales a los parques públicos normalmente sería entendida como exceptuando implícitamente el ingreso de los perros guía de los ciegos o de los perros adiestrados de los guardianes del parque; una disposición que prohibiera realizar actos jurídicos sobre objetos ilegales no sería aplicable al acto de desposesión de droga que ordenara un juez.

En todos estos casos la intuición semántica nos indica que las excepciones existen, que si un juez que declarara que hay una excepción estaría juzgando según el derecho y no tomando una decisión adicional. Si sentenciara que no hay excepción su sentencia nos parecería incorrecta y contraria a derecho. Sin embargo, dada la insuficiencia de la semántica tradicional para explicar esas intuiciones, los filósofos del derecho han clasificado casos similares a los anteriores como instancias de indeterminación normativa. Y los casos de derrotabilidad por excepciones implícitas han sido redescritos del mismo modo como instancias de vaguedad. Ese es el mecanismo por medio del cual los casos del tipo II pueden ser rescatados en las explicaciones teóricas.

Sin embargo en algún punto de esa explicación, se ha tenido que pasar de la caracterización de la derrotabilidad como existencia de excepciones implícitas, a la explicación de esos casos como situaciones de indeterminación en las que las excepciones no están implícitas sino indeterminadas. Pero la caracterización y su explicación no son compatibles y, para mantener consistencia, es necesario o bien dejar de considerar a la derrotabilidad como un tipo de vaguedad, o bien dejar de caracterizarla mediante la noción de excepción implícita.

Para mantener el concepto de derrrotabilidad como indeterminación se deberían abandonar los ejemplos del tipo I y II (donde las excepciones están implícitas en el ordenamiento), que son los casos interesantes justamente porque muestran el funcionamiento especial de las excepciones.

Si en cambio se elige mantener el concepto de excepción implícita, entonces debe abandonarse la apelación al concepto de indeterminación semántica. Pero en ese caso, los filósofos comprometidos con la semántica tradicional deberían rechazar también la parte más interesante del problema de la derrotabilidad: la imposibilidad de anticipar las excepciones, la inexistencia de listas completas de ellas, porque todo esto los compromete a la indeterminación y a la inexistencia de tales excepciones. La derrotabilidad sería en ese caso la mera existencia de una lista cerrada y expresable de con-

diciones necesarias negativas, que podrían reconocerse revisando con cuidado las formulaciones normativas y las reglas semánticas que determinaran su significado. Tales reglas siempre existirían bajo pena de indeterminación semántica y consecuente inexistencia de derrotabilidad.

No tiene más que dos alternativas quien está comprometido con la semántica tradicional. Debe abandonar alguna de las dos intuiciones que dieron origen al problema: la existencia de excepciones (sosteniendo que hay indeterminación pero no excepciones) o la inexistencia de listas cerradas de ellas (sosteniendo que es posible listar las excepciones).

En cambio si se abandona la semántica tradicional se estará en condiciones de dar cuenta ambas intuiciones de la siguiente manera.

Los casos ejemplificados en I y II quedarán incluidos entre el concepto de derrotabilidad. Los del tipo III, que en el fondo surgen de la necesidad teórica de redescribir los del tipo II para poder explicarlos, quedan fuera de la caracterización. Pero, como había dicho, eso es lo que debe suceder si pretende rescatarse la idea intuitiva, preteórica de la derrotabilidad.

Los casos del tipo II son los casos más interesantes, los que presentan propiedades lógicas especiales y pueden ser modelados con instrumentos formales. Los del tipo I son importantes porque ellos muestran también las propiedades lógicas de los del tipo II, esto es, son aplicables "prima facie".

Mi concepto de derrotabilidad clasifica a los ejemplos de excepciones explícitas e implícitas como igualmente derrotables. Esto se justifica en el modo análogo en que las normas de ambos tipos participan en el razonamiento normativo. Finalmente, la asimilación de ambos casos es adecuada también en la medida en que la distinción entre lo explícito y lo implícito es por lo menos problemática y tal vez teóricamente insostenible.

4. Derrotabilidad e inferencia

Sostendré en esta sección las siguientes tesis.

I. Que el concepto de derrotabilidad genuina, que es el que rescata los ejemplos paradigmáticos de derrotabilidad, no presenta problemas especiales para la inferencia lógica, dado que para trabajar con ella es suficiente con la lógica deductiva.

II. Que en cambio, la noción más general de derrotabilidad amplia, la cual por definición incluye, entre otros, a los casos de indeterminación de las excepciones (únicos ejemplos de derrotabilidad, según las elucidaciones estándar), presenta más interés lógico que la anterior. Esto es así debido a que muchos casos de derrotabilidad amplia participan en el razonamiento de un modo especial que manifiesta el uso de una lógica no deductiva.

4.1 Derrotabilidad genuina e inferencia deductiva

Tratemos en primer lugar la tesis I, concerniente a la derrotabilidad genuina. Recordemos que, en un sentido estricto.

La derrotabilidad consiste en una relación entre dos clases P y V, tal que:

1. Todos los elementos de P normales pertenecen a V y además

2. es posible que existan elementos en P (no normales) **que no pertenezcan a V**. Es decir, es necesario que sean posibles las excepciones.

Como espero haber mostrado, la posibilidad de las excepciones supone la determinación de la situación de esos casos posibles. Por ejemplo, el enunciado "los menores son incapaces" es genuinamente derrotable porque los menores normalmente son incapaces pero además es posible que existan menores capaces. Esa posibilidad está determinada por el derecho aunque no se encuentra expresa en el enunciado anterior. La posibilidad se muestra en que, según el mismo derecho, los menores emancipados son capaces y así, es falso que necesariamente todos los menores son incapaces porque hay algunos, los emancipados, que no lo son.

Sostengo entonces que las excepciones que hacen a un concepto genuinamente derrotable están determinadas. Así, un condicional derrotable genuino supone un condicional inderrotable que contiene en su antecedente las condiciones expresas en el enunciado derrotable originario y la negación de las excepciones[20]. No es necesario que puedan listarse esas condiciones para poder representarlas como antecedente del condicional: basta que pueda hacerse referencia a ellas, digamos, introduciendo como condición la ausencia de excepciones. Si esto es así, entonces no se ve qué dificultades especiales deban surgir en la aplicación de enunciados derrotables y en particular normas, a casos individuales.

En cada aplicación del enunciado habrá de determinarse la concurrencia de las condiciones suficientes para la aplicación del enunciado. Tales condiciones suficientes consistirán en la concurrencia de las condiciones expresas en el enunciado más la ausencia de excepciones. El hecho de que no pueda listarse las excepciones no es razón suficiente para considerar que su ausencia no pueda determinarse. Eso depende de la capacidad de los agentes aplicadores para identificar situaciones individuales como pertenecientes o no a la clase abarcada por la disposición. Esa capacidad consiste en la de identificar los referentes de los conceptos y no requiere necesariamente la capacidad de definirlos o expresar sus condiciones de aplicación.

---

[20] Alchourrón consideró que un condicional derrotable podía considerarse equivalente a cierto condicional inderrotable. Véase por ej. [Alchourrón, 1993] y [Alchourrón, 1994].

Podrían surgir problemas de aplicación debido a la falta de una información completa sobre el caso individual (en todo nuestro desarrollo suponemos información completa sobre el significado de los enunciados), en ese único caso sería de utilidad el uso de una lógica no deductiva como la que señalaremos en la defensa de la segunda tesis.

La aplicación de un enunciado genuinamente derrotable en condiciones de información completa sobre los hechos, puede ser representado mediante la forma lógica siguiente, deductivamente válida.

Los casos que son P y que no constituyen excepciones, son V.
El caso individual *c* es P y no es excepcional.
Por lo tanto, el caso *c* es V.

A pesar de que estos enunciados no requieren en su aplicación a casos individuales una lógica especial, de cualquier modo les es aplicable la lógica de los enunciados derrotables en sentido amplio.

4.2 Derrotabilidad amplia e inferencia derrotable

Caso 1: Indeterminación semántica

Pasemos ahora a la tesis II. Ella afirma que la noción de derrotabilidad amplia incluye casos de enunciados cuya aplicación requiere el uso de una lógica no deductiva.

Recordemos que la noción más débil de derrotabilidad afirma que

Un enunciado equivalente a uno de la forma "Los A son B" es derrotable si y sólo si los A normalmente son B (todos los A normales son B).

No se requiere que sea posible que haya elementos en A que no pertenezcan a B (condición para la concurrencia de derrotabilidad genuina). La falta de ese requisito implica que un enunciado es derrotable en los dos casos siguientes:

1. Cuando todos los P son necesariamente V : **inderrotabilidad.**

2. Cuando puede haber elementos no normales de P, que ni pertenecen ni no pertenecen a V, es decir, cuando está indeterminada la pertenencia de esos elementos posibles. Esta última posibilidad representa los casos de **indeterminación** de las excepciones, es decir, los de derrotabilidad según la elucidación estándar.

Analicemos brevemente la aplicación de cada uno de estos dos tipos mencionados de enunciados derrotables no genuinos.

Los enunciados no genuinos equivalentes a enunciados de la forma "Todos los P son V" no presentan dificultades especiales, dado que son aplica-

bles mediante la verificación de la pertenencia de los casos individuales a la clase P.

Los enunciados no genuinamente derrotables que presentan interés especial son los que involucran indeterminación de las excepciones.

Estos enunciados no suponen a otros no derrotables que incluyan la ausencia de excepciones entre las condiciones suficientes para su aplicación. Esto es así, porque tales condiciones no están determinadas de modo que un enunciado que las expresara diría más que el enunciado derrotable considerado. Pero esa información no está presente ni supuesta (implícita) en el enunciado de modo que no puede extraerse de él. No puede establecerse un conjunto de condiciones suficientes para su aplicación debido a la indeterminación que, por hipótesis, tiene el enunciado derrotable.

En estos casos, el aplicador podrá verificar la concurrencia de las condiciones expresas, pero nunca podrá determinar la concurrencia de un conjunto de condiciones suficientes porque las condiciones suficientes no están determinadas.

En este punto es donde el agente encargado de aplicar un enunciado vago respecto de las excepciones puede dar correctamente un paso no deductivo. Imaginemos que se trata de aplicar una norma como "Los A normalmente son B". En primer lugar, debe verificar que concurren las condiciones expresas en ella. Sabe cuáles son ellas y sabe, porque entiende la norma, que esas condiciones son normalmente suficientes. Aunque no pueda estar seguro de que un caso que cumple esas condiciones normalmente suficientes es además un caso normal (lo que le daría la seguridad de que es B), tiene buenas razones para pensar que es un caso normal. La normalidad es la regla. Si no tenemos razones para suponer que un caso no es normal, usualmente suponemos que lo es y, además, esa operación es legitima aunque no sea segura.

De este modo, el aplicador de una norma cuyas excepciones están indeterminadas no podrá determinar si se cumplen las condiciones suficientes de aplicación porque tales condiciones están indeterminadas, pero sí podrá determinar que se cumplen las condiciones normalmente suficientes, y eso lo legitima para inferir, sin certeza pero con buenas razones, que al caso que se le presenta es aplicable la norma.

Caso 2: Indeterminación cognoscitiva

En una situación similar se encontrará aquel que deba aplicar una norma cuyas excepciones están determinadas implícitamente (derrotabilidad genuina), a un caso individual del cual no tenga información completa pero respecto del cual sepa que se cumplen las condiciones normalmente

suficientes (aunque no conozca si es un excepcional o no). Podrá inferir de manera insegura pero razonable, que la disposición es aplicable[21].

Tanto en el caso 1 como en el caso 2 los razonamientos tendrían la forma siguiente, deductivamente inválida pero no deductivamente correcta.

Los A normalmente son B (los A normales son necesariamente B)
Este caso *c* es A

Por tanto, *c* es V

Donde la línea punteada representa una relación de inferencia no deductiva. Esta inferencia es un caso de lo que llamo "inferencia derrotable" y supone una relación de consecuencia cuyas propiedades lógicas deben ser precisadas en investigaciones formales.

La condición que incluyen ambos tipos de derrotabilidad: que los A sean normalmente B, permite asimismo inferencias que involucran a ambos tipos de enunciados derrotables, los genuinos y los derrotables en sentido amplio. De hecho, todas las propiedades lógicas que surgen de la relación de derrotabilidad amplia son aplicables a la estricta, dado que los ejemplos de la última constituyen ejemplos de la primera.

De esta manera, la propiedad relevante para el análisis de las propiedades lógicas es la de la derrotabilidad amplia y no la de la derrotabilidad genuina.

Una consecuencia de esto es que la lógica de enunciados derrotables se aplica por igual a los casos de derrotabilidad genuina en donde hay excepciones implícitas, y a los casos de indeterminación de las excepciones, que son un subconjunto de los de derrotabilidad amplia.

Así, paradójicamente, las diferencias en la elucidación del concepto intuitivo de derrotabilidad no tienen consecuencias en el ámbito de la lógica formal y tal vez por eso los principales desarrollos de las lógicas derrotables en Filosofía Jurídica pudieron llevarse a cabo a pesar de una elucidación deficiente del problema a nivel teórico.

5. Conclusiones

1. El concepto de derrotabilidad genuina no supone indeterminación de las excepciones y por eso a los enunciados genuinamente derrotables les aplicable la lógica deductiva estándar. En la medida en que se cuente con

[21] Teóricamente podría señalarse un tercer caso: aquel en el cual se tenga información completa sobre los hechos pero se trate de hechos respecto de los cuales la norma esté indeterminada. Sin embargo son casos que carecen de interés práctico, dado que cuando haya indeterminación semántica la información acerca de los hechos respecto de los cuales ocurre la indeterminación es irrelevante a los fines de la inferencia.

información completa sobre la concurrencia del antecedente de estos enunciados, se podrá usar lógica deductiva en su aplicación.

2. El concepto amplio de derrotabilidad, incluye tres tipos de casos, a) los de derrotabilidad genuina, b) aquellos en que no hay excepciones (enunciados inderrotables) y c) aquellos en que las excepciones están indeterminadas (enunciados que, según las elucidaciones estándar que rechazo, son los típicamente derrotables). En aquellos de estos casos en que no pueda aplicarse la lógica deductiva, podrá hacerse uso de la lógica derrotable en la medida en que se cumplan las condiciones que ella establece para la realización de inferencias derrotables.

La conclusión más fuerte que he defendido aquí es que el concepto de derrotabilidad más fructífero e interesante, que además da cuenta de la mayoría de los casos identificados como casos paradigmáticos de derrotabilidad, implica determinación semántica de las excepciones y es incompatible con la afirmación usual de que la derrotabilidad consiste en un tipo especial de vaguedad. Debido a que la derrotabilidad genuina supone determinación no se requiere para ella una lógica especial sino que basta con lógica deductiva.

Por otra parte, la derrotabilidad amplia incluye casos respecto de los cuales se requiere un tipo especial de razonamientos que usan una relación de inferencia no deductiva que llamo "derrotable". La inferencia derrotable tiene un gran ámbito de aplicación: ella no sólo es aplicable a los casos en que no es necesaria (aquellos de derrotabilidad genuina con información completa sobre los hechos) sino que además es aplicable y necesaria para la corrección de argumentos basados a) en enunciados con excepciones indeterminadas, b) en enunciados derrotables genuinos más información incompleta sobre los hechos.

Así, aunque la noción de derrotabilidad genuina implica determinación, la noción de derrotabilidad amplia es la más fructífera desde el punto de vista lógico, porque es aplicable tanto a casos de derrotabilidad genuina como a casos de inderrotabilidad y de indeterminación.

Referencias

[Alchourrón, 1993] C. A. Alchourrón, "Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals" en J.J. Mayer & R. J. Wieringa (eds.) *Deontic Logic in Computer Science: Normative Systems Specification*, Wiley & Sons, 1993.

[Alchourrón, 1994] C. A. Alchourrón, "Defeasible Logics: Demarcation and Affinities" en G. Crocco, L. Fariñas del Cerro y A. Herzig (Comps.) *Conditionals and Artificial Intelligence*, Oxford University Press, 1994.

[Alchourrón, 1996.a] "Detachment and defeasibility in deontic logic", *Studia Logica* 57(1) pág. 5-18, Julio 1996.

[Alchourrón, 1996 b] C. A. Alchourrón, " On Law and Logic", *Ratio Juris 9,* Vol 4, diciembre 1996, pág. 331-348. Traducción de Jorge Rodríguez con colaboración de Sergio Militello, "Sobre Derecho y Lógica", *Isonomía* 13, octubre 2000, ITAM, México, pág. 12-33.

[Alchourrón y Bulygin, 1974] C. A. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

[Bayón, 2000] "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", *Isonomía* 13, octubre del 2000, pág. 87-117. ITAM, México.

[Hart, 1948] "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-49, reimpreso en Flew, A. (ed.) *Logic and Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1960.

[Hart, 1961] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. Versión en español: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

[Navarro y Rodríguez, 2000] Pablo Navarro y Jorge Rodríguez, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", *Isonomía* 13, octubre 2000, pág. 61-85.

[Sucar y Rodríguez, 98] Germán Sucar y Jorge Rodríguez, "Las trampas de la derrotabilidad: Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", *Analisi e Diritto* 1998, pág. 403-420.

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DEBERES JURÍDICOS?

(Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)

Victoria Roca
Universidad de Alicante

I. Introducción

Pese a que han sido varios los intentos (vid., entre otros, Nino[1], Brink[2]) por armonizar dos modelos de teoría del Derecho y de reconstrucción de los conceptos jurídicos básicos (por un lado, el modelo de teoría del Derecho que tradicionalmente viene realizando la tradición positivista en la línea de Hart -comprendiendo aquí tanto al positivismo excluyente como al inclusivo- y, por otro, el de la corriente postpositivista en la línea de Dworkin), creo que existe todavía un núcleo duro de desacuerdo entre estas teorías que -al menos hasta donde alcanzo a entender- no puede considerarse una pseudodisputa porque me parece que sí que están hablando de lo mismo y que sus tesis sí se enfrentan genuinamente.

El problema que, en mi opinión, constituye el núcleo del desacuerdo es el de la naturaleza de los deberes jurídicos: los postpostivistas ven aquí un punto de conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, mientras que los positivistas niegan tal conexión. De esta forma, una reconstrucción de las prácticas jurídicas a partir de un concepto de deber jurídico aislado de la moral sería considerado por el positivismo que aquí caracterizo como algo plausible, y erróneo, sin embargo, para los postpositivistas.

Dos son los problemas cuya presentación permite introducir las tesis postpositivistas que conforman lo que he denominado el núcleo del desencuentro: (1) Por un lado, la cuestión acerca de si una ley formalmente válida (es decir, válida según los criterios formales -autoridad competente y procedimiento- de pertenencia del sistema) genera en todo caso un 'deber ser'

[1] C.S. Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985).

[2] D. Brink, "Legal Positivism and Natural Law Reconsidered", *The Monist* (1985).

(aunque sea entrecomillado según la terminología de Hare). La respuesta de los iuspositivistas es afirmativa, la del postpositivismo es negativa. Para estos últimos, una ley formalmente válida pero extremadamente injusta -según los aceptantes del sistema- falla como Derecho y no constituye un 'deber ser' y (2) por otro lado, el problema acerca de si para que un deber jurídico sea un deber genuino es preciso siempre que sea previamente un deber moral al margen de la existencia de cualquier sistema jurídico. Aquí coinciden en sus respuestas positivistas y postpositivistas. La respuesta es, en ambos casos y acertadamente, negativa. Obviamente, la mayor parte de los deberes jurídicos no son deberes al margen de la práctica jurídica. Lo que sucede, y esto es importante para trazar el núcleo del desacuerdo, es que los segundos siguen otorgándole en última instancia carácter moral a la naturaleza de ese deber surgido de la puesta en funcionamiento de una institución. Consideran que para ser un deber ser genuino, de alguna forma, ha de tener una conexión con la moral.

Así, la normatividad que reclama el Derecho es para unos independiente de la moral, mientras que para los otros la moral es condición necesaria -aunque, claro, no suficiente- para conceptualizar esa normatividad y para individualizarla como algo distinto a una mera apelación a la capacidad fáctica de imponer sanciones. La forma de entender la validez jurídica sobre la que descansa esa pretensión de normatividad recibirá una respuesta de un tipo o de otro y ello también repercutirá –como se verá- en la pregunta acerca de las fuentes del Derecho o de los criterios de juridicidad de los sistemas.

Creo que el problema acerca de la normatividad o la validez del Derecho se pone especialmente de manifiesto en momentos extraordinarios en el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos; pero son, en mi opinión, esos momentos los que resultan más iluminadores para tratar de aprehender los presupuestos del papel que el Derecho pretende atribuirse en nuestro razonamiento práctico y de nuestras actitudes hacia él.

Mi intención es reconstruir algunas de las implicaciones en este punto de la tesis de Nino del caso especial -concretamente de su tesis de la conexión del Derecho con la moral- tratando así de ofrecer una postura que recoja el núcleo duro -a partir de las tesis postpositivistas- de lo que considero el punto de desencuentro con los positivistas aquí caracterizados. De los dos grupos de problemas antes apuntados, en este trabajo me centraré en el primero de ellos, puesto que es ese análisis el que va a resultar especialmente pertinente a la hora de reconsiderar el concepto de fuentes del Derecho. Sin embargo, introduciré también algunas breves notas en relación con el segundo grupo de problemas, en la medida en que para trazar con claridad la tesis que aquí defiendo es también importante subrayar los elementos que constituyen al Derecho como un sistema normativo diferente de –aunque conectado con- la moral.

Después, me ocuparé brevemente de otras implicaciones de la mencionada tesis del caso especial, centrándome esta vez en la tesis de la dimensión institucional del Derecho como uno de los rasgos identificativos del Derecho frente a la moral. Aunque la moral gravita siempre tras el Derecho y -en mi opinión, como he apuntado- dar cuenta de esto es la única forma de explicar la pretensión de este último de generar deberes genuinos, eso no significa olvidar que esa conexión tiene una especial complejidad. Esto aparece ilustrado con cierta claridad cuando abordamos la dimensión institucional del Derecho.

En definitiva, en este artículo quiero, por un lado, esbozar una comprensión de los deberes jurídicos a partir de un estudio de los trabajos de Nino. Las tesis defendidas serán las siguientes:

a) Para reconstruir plausiblemente el concepto de deber jurídico (la norma jurídica en su dimensión de juicio de deber ser) es preciso partir de su comprensión como una derivación (por especificación) o bien como una elaboración compleja a partir de un deber moral genuino.

b) Las normas que desde el punto de vista de los participantes son consideradas como extremamente injustas fallan a la hora de crear deberes. Fallan como Derecho.

c) La moral exige la articulación de instituciones como el Derecho para posibilitar la convivencia pacífica y respetuosa con los derechos humanos. Si bien hay muchos deberes que son tales sólo a partir del hecho de la existencia -moralmente relevante- de la institución en cuestión, su carácter de genuino deber -o su pretensión de serlo- sólo puede explicarse a partir de la conexión que la institución en cuyo seno se articulan tiene con la moral.

Y, por otro, me propongo apelar de forma tentativa a la necesidad de dar cuenta -si queremos explicar un rasgo importante de nuestros Derechos y su pretensión de autoridad- de la impregnación moral de los criterios de validez jurídica. Las fuentes del Derecho serán entonces reconsideradas.

Una reconstrucción teórica de los deberes jurídicos como deberes morales implica un riesgo ciertamente grave: la -aparente- legitimación de los sistemas jurídicos vigentes, y de las obligaciones que en ellos se establezcan. Sin embargo, lo que yo trato de reivindicar -y esto es una tesis formulada desde el punto de vista interno- es bien al contrario la tesis de que los deberes jurídicos serán mera coacción y sanción mediante la fuerza- y nunca -como pretenden- razones que puedan justificar cursos de acción, cuando tales aparentes deberes no pueden ser fundamentados a partir de un esquema complejo de principios morales e instituciones sociales para la protección, construcción y garantía de los derechos humanos. Sólo cuando satisfacen ese fundamento son deberes jurídicos genuinos o válidos -no meramente aparentes-; aunque sean, en muchos casos, deberes morales de un

tipo especial. Cuando lo anterior no se satisface y se emiten normas por los órganos competentes del sistema y según el procedimiento establecido que, sin embargo, violan la denominada cláusula de Radbruch, entonces tales normas fracasan como Derecho (fracasan a la hora de satisfacer la pretensión de autoridad que reclama el Derecho); no son, en tal sentido, Derecho válido, sino sólo fuerza que ha sido reglamentada utilizando la maquinaria institucional estatal.

II. La cuestión acerca de los deberes jurídicos y el problema de la extrema injusticia

1. Introducción

Como antes he indicado, en relación con la cuestión de la que aquí me ocupo, el positivismo excluyente y el incluyente tienen una postura común. La postura defendida por los autores de la corriente postpositivista -cuando defienden que los criterios de juridicidad tienen una conexión con la moral- va más allá de las tesis del positivismo inclusivo. La diferencia entre positivismo excluyente e inclusivo viene dada por la posibilidad -defendida por el segundo tipo de positivismo- de que la regla de reconocimiento como regla social considere como contenidos jurídicos no sólo los derivados de las fuentes formales del sistema, sino también otros que lo sean por su valor moral[3] [Hart, 2000]. Sin embargo, el problema del que aquí me ocupo es otro y, si no estoy errando en mi apreciación, creo que éste se articula en un nivel de abstracción superior. Se trata de la cuestión acerca de si esos criterios, cualesquiera que sean, mediante los que se pretende calificar a una norma como jurídica y constituir a partir de ella un deber ser jurídico tienen siempre necesaria y, precisamente, por aspirar a constituir un deber ser, una conexión con la moral. Esto es, si el Derecho, cuando pretende crear deberes genuinos ha de impregnar necesariamente de moral sus criterios de juridicidad.

Ni el intento de Nino[4] ni el de Brink[5] solucionan el problema que, si no me equivoco, sigue enfrentando a dos posturas que, recurriendo a sus clásicos defensores, puede presentarse de esta forma:

---

[3] Vid. H.L.A. Hart, *Postscriptum* a *El concepto de Derecho*, Universidad Nacional de México, (2000).

[4] C.S. Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, (1985), en este trabajo Nino sostiene que la forma de hacer compatibles los proyectos del positivismo y del postpostivismo es entendiendo que las tesis positivistas resultan plausibles en el marco de una empresa puramente descriptiva y las tesis postpositivistas en el marco de una empresa normativa.

[5] D. Brink, "Legal positivism and Natural Law Reconsidered", en *The Monist*, (1985). Brink consideraba que las tesis de los positivistas eran plausibles en el ámbito de la explicación de las condiciones existentes de validez jurídica y de la identificación de lo jurídico (como

Cuando Hart distinguió entre punto de vista interno y externo, nos dio las herramientas para comprender y reconstruir la noción de la normatividad del Derecho. La tesis de Austin resultaba implausible para dar cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico puesto que -por lo que aquí nos interesa- no permitía distinguir entre la noción de 'sentirse obligado' y la de 'tener una obligación'. El punto de vista interno -nos explicó Hart- viene caracterizado precisamente porque, para los aceptantes, las normas jurídicas imponen un deber genuino que requiere ser satisfecho con independencia de las amenazas de las autoridades para el caso de incumplimiento [Hart, 1961]. Sin embargo, Hart -aunque en mi opinión de algunos elementos de su obra pueden extraerse implicaciones contrarias a esto- negó que existiera una conexión necesaria (incluso para el aceptante) entre ese deber genuino que -desde el punto de vista interno- viene impuesto por el Derecho y la moral; aun reconociendo que cuando se da esa conexión desde el punto de vista del aceptante, esto contribuye a la estabilidad del sistema [Hart, 1961:250-251]. En un trabajo posterior, Hart se pronuncia de forma muy clara -refiriéndose a una teoría general descriptiva del Derecho- diciendo que "no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del Derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto" [Hart, 1977].

Y que esto no se pretende sólo desde el punto meramente externo (y aun así podríamos, en cualquier caso, cuestionar la plausibilidad de una reconstrucción que deja fuera una pretensión de corrección que pudiera verse como rasgo característico para explicar la normatividad que pretenden nuestros sistemas jurídicos) puede apreciarse cuando en el trabajo antes citado [Hart, 1961] presenta su postura en contra de la defendida por Radbruch y por los tribunales alemanes de la posguerra -suscrita también por Fuller- señalando que "de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no es una regla válida de Derecho" [Hart, 1961:258].

Radbruch, por su parte, en la versión de posguerra de su *Filosofía del Derecho*[6] defendió una concepción de la validez jurídica que aparecía vinculada con la idea de validez moral. Admitiendo la tensión que existe en el seno del Derecho entre la idea de seguridad jurídica y justicia, señalaba que la validez de un Derecho positivo injusto no es cosa que pueda afirmarse sin

---

respuesta a la pregunta acerca de qué nos exige el Derecho ante un caso enjuiciable) y que las tesis del postpositivismo eran plausibles en el ámbito de la teoría de la adjudicación, como respuesta al problema de cómo deben los jueces resolver los casos.

[6] G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Ed. Revista de Derecho privado, (1959).

más; el problema de la validez jurídica no es un juicio exclusivo del punto de vista del valor seguridad que contribuye a materializar el Derecho, sino que también puede pronunciarse desde el de la justicia [Radbruch, 1959: 100] y, algo más adelante, escribe Radbruch que "se ha demostrado tan sólo que la seguridad jurídica es un valor y que la seguridad garantizada por el Derecho positivo puede justificar hasta el Derecho injusto o que sea inadecuado a un fin. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de esta exigencia que todo Derecho positivo cumple de la seguridad ante las exigencias quizá incumplidas o abandonadas de la justicia [...]"[7] [Radbruch, 1959: 111]. Los diversos aspectos de la idea de Derecho son todos de igual valor para configurar la denominada validez jurídica.

En *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal* (1962), Radbruch se pronuncia en el mismo sentido recogiendo una serie de sentencias de los tribunales de la posguerra en Alemania acerca de acciones realizadas supuestamente al amparo de una legalidad formal del régimen nazi. En este trabajo, Radbruch señala que "el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Tal concepción cree haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia. Pero en el poder se puede quizá fundar un 'tener que' pero nunca un 'deber' o un 'valor'. Estos se fundan más bien en un valor inherente en la ley. En verdad, toda ley positiva lleva consigo un valor, sin consideración de su contenido: es siempre mejor que ninguna ley, ya que crea al menos seguridad jurídica [la fuerza reglamentada, la certeza, es, al menos en algún sentido, mejor que la fuerza arbitraria]. Pero la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el Derecho ha de realizar". Y sostiene que sólo es Derecho (1) lo que crea seguridad jurídica y (2) lo que -además- aspira a ser justicia. Sin duda, la seguridad jurídica es un reclamo de la misma idea de justicia ("Que el Derecho sea seguro es una exigencia de la justicia"). Cuando justicia material y seguridad jurídica entran en conflicto tal "podría solucionarse bien en el sentido de que el Derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia **alcance una medida tan insoportable** que la ley, como Derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia [...]. Donde la igualdad que constituye la

[7] El párrafo continúa de esta forma "y, en caso de una pugna entre ellos, el fallo sólo puede pronunciarlo la conciencia individual. La validez absoluta de todo derecho positivo es cosa indemostrable frente a cada individuo". Me detengo, sin embargo, dónde lo he hecho en el texto principal pues es la parte de la tesis de Radbruch que, para el propósito de este artículo, me interesa tener en cuenta. La segunda parte de su posición suscita en mi opinión toda una serie de cuestiones que me resulta imposible abordar en este momento y que creo que puedo dejar de lado por no afectar al núcleo central del problema que aquí trato.

médula de la justicia es negada claramente por el Derecho positivo, allí la ley no solamente es Derecho injusto, **sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica** [...] **no es un Derecho tal vez injusto, sino que no es en absoluto Derecho**" [Radbruch, 1962: 35-41]. Una ley extremadamente injusta falla en su pretensión normativa. Falla en su pretensión de crear un deber jurídico genuino. Vacía de normatividad es nula como Derecho aunque sea formalmente válida.

La distinta reconstrucción que hacen Hart y Radbruch de los problemas que tuvieron que enfrentar los tribunales tras la II Guerra Mundial permite ver con detalle las diferencias entre ambas posturas. Para Hart, todas las normas del Derecho nazi, aun aquellas tremendamente abominables desde el punto de vista moral, eran jurídicas si eran formalmente válidas. Esto no implicaba necesariamente que aquellos que realizaron actos amparándose en sus dictados hubieran de quedar sin castigo. Cuando el crimen es tan atroz desde el punto de vista de la justicia -nos decía Hart- es legítimo aplicar retroactivamente leyes sancionadoras. Es decir, el juez que enfrenta esos casos extremos ha de considerar derrotado el principio de seguridad jurídica en el que se fundamenta la no retroactividad de las leyes penales sancionadoras por el principio de justicia material. Para Hart no hay que darle un valor tan fuerte al Derecho como parecería venir implicado por las apreciaciones y previsiones de Radbruch. Es perfectamente posible decir que una ley es jurídicamente válida pero que, sin embargo, resulta terriblemente inicua para ser aplicada u obedecida. [Hart, 1961: 256]. Así, en la reconstrucción de Hart, consideraciones de justicia pueden en su caso justificar la derrota del principio de seguridad jurídica cuando éste arroja un resultado terriblemente injusto cual sería dejar sin castigar actos atroces llevados a cabo utilizando el Derecho y amparados -sólo *prima facie*- por los deberes jurídicos.

Si interpreto bien a Hart, éste autor reconstruye el punto de vista interno acerca de la validez de esta forma:

a) Las normas jurídicas extremadamente injustas que han sido dictadas según los criterios formales de validez referidos por la regla de reconocimiento no pierden por ello su carácter jurídico.

b) Las normas jurídicas extremadamente injustas constituyen deberes jurídicos genuinos.

c) Ese carácter de deber jurídico no significa que sea un deber *all things considered* sino que sólo lo es *prima facie*.

d) Lo anterior significa que puede darse el caso de que una norma jurídica cuando es extremadamente injusta sea derrotada por un principio moral y por lo tanto que quien actúa de acuerdo con ella no esté legitimado, pues no hemos de actuar conforme a un deber *prima facie*, sino conforme a nuestros deberes *all things considered*.

Sin embargo, la pregunta que, en mi opinión, Hart deja sin contestar, y con él todo el positivismo que deje fuera de la explicación de la juridicidad consideraciones morales, es la cuestión acerca de dónde surge la normatividad -aun *prima facie* y, en su caso, (cuando estemos dando cuenta como observadores de la práctica jurídica de otros) entrecomillada- que él le da a los deberes jurídicos. Hart ni siquiera parece vincular esa normatividad con la creencia genuina por parte del aceptante en la existencia de tal deber, pues –como he apuntado- el aceptante hartiano no necesariamente es un aceptante por razones morales y, sin embargo, el propio Hart nos lo ha dicho, todo aceptante considera que existe un deber genuino de hacer lo que tal o cual norma dispone [Hart, 1961].

En definitiva, el problema que, en mi opinión, presenta el concepto amplio de Derecho defendido por Hart según el cual consideramos Derecho todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral que se presenta como la moral esclarecida desde un determinado punto de vista interno, es que no da una respuesta satisfactoria a la cuestión acerca de qué significa que el Derecho crea deberes genuinos aunque sea *prima facie* y, entonces, si bien Hart nos invitaba en *El concepto de Derecho* a ver el fenómeno jurídico en términos de creencias en deberes, acaba por regresarnos -reconstruyendo la validez del Derecho como una cuestión no vinculada necesariamente con la moral- al reino de la fuerza organizada. A la orden del asaltante aunque, sin duda, en una versión mucho más sofisticada.

Pero, el Derecho pretende algo más para sí mismo. La autoridad que pretende el Derecho se traduce en una idea de normatividad que -en mi opinión- sólo puede explicarse si damos cuenta de que en caso de no estar presente -por encontrarnos ante una norma extremadamente injusta que, en un balance global, no pueda proyectar ninguna normatividad aun derivada de otro tipo de consideraciones- el propio sistema tachará como inválido el intento de crear un deber jurídico. Un sistema que no pretende tachar como nulos los intentos de construir deberes jurídicos que se presentan desde el punto de vista del participante como extremadamente injustos no pretende constituir deberes genuinos y, entonces, creo que en tal caso nos encontramos ante algo distinto a un sistema jurídico. En los casos de sistemas y comunidades que, a diferencia de los anteriores sí articulan la validez jurídica comprendida en términos de la pretensión de corrección, pero que fallan en la satisfacción de esa pretensión y consideran cómo válidos deberes jurídicos abominables desde el punto de vista de la moral esclarecida (que no se presentan, sin embargo, como injusticia extrema desde el punto de vista interno de la comunidad de aceptantes), podremos hablar de sistemas jurídi-

cos, en cuanto que sí esgrimen una pretensión de corrección que se presenta como satisfecha desde la moral positiva (el sistema está legitimado). Vale la pena, sin embargo, identificar la diferencia entre Derechos legítimos y Derechos legitimados (estos últimos sólo constituyen deberes jurídicos entrecomillados).

Alexy es quien, seguramente, ha llevado a cabo en la filosofía del Derecho contemporánea un análisis más cuidadoso de la cláusula radbruchiana de la extrema injusticia. Fruto de su análisis son las tesis siguientes [Alexy, 1997]:

1) Desde el punto de vista del observador una norma jurídica extremadamente injusta no deja por ello de ser jurídica si pertenece a un sistema jurídico (es decir, si ha sido promulgada conforme a un ordenamiento y es socialmente eficaz).

2) Cuando ese observador se pregunta sobre la juridicidad de un sistema, a lo que recurre para distinguir un sistema jurídico de un sistema de pura dominación es a la pretensión de corrección o pretensión de normatividad de ese sistema por menos justificada que ella esté desde el punto de vista de una moral esclarecida. Bastará que el sistema esgrima esa pretensión y que sea percibido como legítimo por los ciudadanos a los que va dirigido (es decir, que el observador pueda dar cuenta de la existencia de aceptantes por razones morales). Los problemas prácticos relevantes -nos dice Alexy- surgen sólo cuando la pretensión de corrección es formulada pero no satisfecha.

3) La cuestión acerca de los problemas prácticos implica un giro de la postura del observador que trata de identificar sistemas jurídicos -y se pregunta acerca de aquellos sistemas que tratan de dar una respuesta a la pregunta qué debo hacer- a la del participante que se pregunta qué debo hacer. En este caso, cuando el participante se encuentra ante una norma que se le presenta como extremamente injusta entonces ha de concluir que esa norma no es Derecho válido, que no genera siquiera deberes *prima facie* porque los criterios existentes de validez de todo Derecho que pretenda -para serlo- autoridad normativa incluye necesariamente junto a la idea de legalidad formal la validez o legalidad material.

4) El participante que se pregunta por la validez jurídica de todo un sistema enfrenta un problema más complejo, en opinión de Alexy, puesto que la cláusula radbruchiana de la extrema injusticia sólo permite descalificar al sistema como jurídico si, a causa de su extrema injusticia, hay que negarle el carácter jurídico -y con ello la validez jurídica- a tantas normas particulares que desaparece el número mínimo de normas necesario para la existencia de un sistema jurídico. Es decir, sólo cuando la pretensión de corrección no se satisface en el sentido de que muchas normas traspasan el umbral de la

injusticia extrema el participante puede concluir que el intento de sustituir el orden legal anterior por uno nuevo fue en su totalidad un fracaso.

Recapitulemos:

Si Kant tenía razón cuando, apuntando la idea de la unidad del razonamiento práctico, señalaba que "todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la Ética; pero su legislación no está contenida para todos en la Ética, sino fuera de la misma para muchos de ellos"[8], entonces el Derecho, si pretende constituir deberes genuinos, ha de construir la validez jurídica como un concepto puente entre lo fáctico y la moral.

Si la Teoría del Derecho quiere dar cuenta de esa pretensión del Derecho ha de construir categorías conceptuales que permitan diferenciarlo de la pura fuerza reglada y monopolizada, pero, además -de esto me ocuparé aunque brevemente en el tercer apartado de este trabajo-, si quiere dar cuenta de su especificidad como sistema normativo ha de distinguirlo de la moral pura.

Nuestro análisis conceptual tendrá entonces que permitirnos dar cuenta de la diferencia entre:

1) La moral positiva.

2) Los sistemas de pura dominación.

3) Los sistemas normativos procedentes de autoridades consideradas legítimas por la comunidad en cuestión (esto es, autoridades legitimadas) y que constituyen deberes jurídicos genuinos entrecomillados (es decir, constituyen deberes genuinos desde el punto de vista de la moral que se considera esclarecida en una determinada sociedad). Nótese que, en mi comprensión de este problema, la normatividad del Derecho siempre se explica en términos morales, lo que cambia es si esa normatividad es genuina por respetar la moral esclarecida o es meramente entrecomillada por no violar el umbral de lo que se considera extrema injusticia según la moral positiva de la comunidad que está participando en la práctica jurídica. Pero, siguiendo la tesis de Alexy, sostengo que la cláusula radbruchiana es condición necesaria de todo pensamiento jurídico y que se constituye en criterio que deberá ser satisfecho para determinar la validez legal desde el punto de vista del participante y también, aunque ahora sólo como pretensión de corrección (que será o no satisfecho), en criterio de clasificación -para distinguir a un sistema jurídico de otro de pura dominación- desde el punto de vista del observador.

3) Los sistemas normativos jurídicos que constituyen genuinos deberes positivos desde el punto de vista de la moral esclarecida (esta tesis, claro, dados nuestros límites cognoscitivos, es fruto de un mero giro: lo que varía en relación con el supuesto anterior es que el observador comparte los prin-

[8] Kant, *Metafísica de las costumbres*, ed. Austral. Esta cita de Kant proyecta también el segundo grupo de problemas caracterizados al principio de este artículo.

cipios morales considerados esclarecidos por una determinada comunidad). Entiendo que estos sistemas proceden de autoridades democráticas. Aunque con ello no me comprometo a sostener que todas las normas emanadas de toda autoridad democrática (en nuestras democracias reales) constituyan deberes *all things considered*.

Como apunté, para tratar de argumentar a favor de que la pretensión de normatividad del Derecho sólo puede explicarse de forma plausible entendiendo al Derecho, recogiendo toda su complejidad, como un fenómeno conectado con la moral, voy a recurrir a los análisis que Nino llevo a cabo de este intrincado problema. En definitiva, quisiera recoger aquí los argumentos de este autor a favor de la tesis según la cuál la validez jurídica, entendida como la pretensión normativa del Derecho, sólo es plausiblemente reconstruida cuando es vista como un concepto puente entre el Derecho y la moral.

En opinión de Nino, "desde el punto de vista interno, los juicios jurídicos (justificativos) se presentan como una subclase de juicios morales y sólo son distinguibles de otros juicios morales porque, a diferencia de ellos, derivan de juicios acerca de la legitimidad de ciertas autoridades y acerca de lo que ellas han dispuesto" [Nino, 1985, pág. 93].

2. Algunas cuestiones previas acerca de la validez del Derecho

Bajo el rótulo de la "validez del Derecho" han sido tratados diversos problemas que, pese a su estrecha relación, es preciso distinguir. Con este rótulo "Derecho válido" se ha hecho referencia tanto a la pertenencia o vigencia de las normas, como a cuestiones normativas tales como su vinculatoriedad o fuerza obligatoria. El problema del que aquí me ocupo tiene que ver con la validez entendida en este segundo sentido (aunque también podrá tener implicaciones en relación con el primer sentido). Y la tesis que defiendo consiste en sostener que no existen deberes jurídicos independientes de los deberes morales y que una reconstrucción plausible de nuestra práctica jurídica como práctica normativa que pretende guiar y valorar nuestras acciones a partir de la generación de deberes jurídicos ha de recoger esa dimensión moral de todo deber jurídico. La reconstrucción teórica del concepto de deber jurídico deberá entonces dar cuenta de esa conexión que en su génesis ha de tener con criterios materiales de moralidad; aunque, en el marco de una empresa descriptiva de prácticas jurídicas de otros, implique hablar de deberes jurídicos entrecomillados.

En situaciones de funcionamiento ordinario del sistema, la conexión entre los deberes jurídicos y los deberes morales, entre la validez jurídica y la validez moral aparece de forma menos clara, pero cuando el sistema colapsa -es decir, en situaciones extraordinarias- nos damos cuenta con mayor

claridad de la impregnación moral que en su vertiente normativa tienen los conceptos jurídicos si quieren -como pretenden- justificar acciones.

Cabría, como hemos visto, hacer un razonamiento *à la Hart* y entender que los sistemas jurídicos crean deberes jurídicos independientes de los deberes morales y que lo que sucede es que en caso de conflicto y a la luz de una serie de consideraciones morales -como instancia última de legitimidad- un deber jurídico como deber *prima facie* pudiera llegar a ser derrotado para satisfacer exigencias morales superiores al principio de seguridad jurídica. Pero también existe otra forma de comprensión o de reconstrucción y ésta es la que a mí se me presenta como más plausible porque, en mi opinión, a diferencia de la reconstrucción de Hart sí que explica la normatividad que pretende el Derecho.

Nino se aparta en este sentido de la reconstrucción hartiana de la validez jurídica. Para Nino, el concepto de validez es uno de los conceptos cruciales en el discurso jurídico justificativo al establecer, como en su opinión establece, el puente entre ese discurso y el discurso moral más amplio. En opinión de este autor, la perspectiva interna en relación con el fenómeno jurídico está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva moral. Si ello es así, entonces, la perspectiva externa del Derecho como práctica social se distorsionaría si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral. La tesis defendida por Nino es que para reconstruir de forma plausible nuestras prácticas jurídicas es preciso dar cuenta de que la adopción de tales normas que legitiman las fuentes de normas jurídicas se ve sometida a una práctica discursiva para conectarla con la moral positiva de la modernidad [Nino, 1992: 58].

Las anteriores consideraciones le llevan a defender dos tesis:

(1) que cuando, desde la perspectiva interna, estemos recurriendo al Derecho para guiar o valorar nuestras acciones, nuestra pretensión de ampararlas con la legitimidad legal sólo se verá satisfecha cuando recurramos al Derecho válido y no al Derecho meramente vigente.

El orden, la paz y la seguridad son valores que suelen unirse a la existencia de sistemas jurídicos; la cuestión es si por sí solos permiten constituir deberes jurídicos genuinos aunque, en su caso, puedan verse derrotados por consideraciones de justicia más fuertes que las que ellos representan. O si no es así. Es decir, si hay un test mínimo de justicia (el no caer en la injusticia extrema) que toda norma que pretenda constituir un deber jurídico haya de superar para no fracasar no sólo en su potencial colisión con un principio moral, sino para no fracasar incluso como deber jurídico *prima facie*. Es decir, un test mínimo que haya de superar toda norma jurídica en particular para estar impregnada de normatividad y resultar válida como

Derecho. La respuesta de Nino es aquí, como vamos a ver, *à la* Radbruch y no *à la* Hart.

(2) que la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales que -desde el punto de vista de los participantes en un sistema- legitiman a determinadas autoridades y de proposiciones descriptivas de las prescripciones de tales autoridades.

3. El test de la validez jurídica en la obra de Nino.

Es preciso comenzar hablando aquí de una distinción importante para entender la reconstrucción que hace Nino de la validez del Derecho. Nino distingue dos tipos de regímenes: regímenes *de facto* y regímenes *de iure*. Cuando hablamos de normas que facultan a X a ejercer el poder constituyendo a X como autoridad *de iure,* no estamos aludiendo a normas dictadas por otra autoridad, sino a principios morales o juicios de valor suscritos por quien está hablando y a tenor de los cuáles se debe hacer lo establecido por la autoridad X. Como señala Bayón, esta distinción trazada por Nino atiende a que cuando se dice que una autoridad es *de facto*, simplemente se constata el hecho de que la pretensión de X de ser una autoridad legítima encuentra un cierto grado de reconocimiento general; cuando se dice, además, que es *de iure*, entonces el que habla manifiesta ser él mismo uno de los que aceptan como legítima la autoridad de X [Bayón, 1991: 615-617].

Pues bien, en el desarrollo de su obra, Nino equipara gobiernos *de iure* con gobiernos democráticos respetuosos con los derechos humanos. Esto, como veremos a continuación, se traducirá en una legitimidad de origen para las normas democráticas, pero también implicará -seguramente de forma implausible- colocar bajo la misma categoría de 'gobiernos *de facto*' tanto a sistemas de normas provenientes de autoridades que lo son en el sentido de detentar el uso de la fuerza (es decir, cuando nos encontramos ante meros sistemas de dominación y sujetos que tienen *de facto* el monopolio del uso de la fuerza) como a aquellos casos -más complejos- de sistemas en los que hay una amplia aceptación por parte de los ciudadanos de los valores pretendidos por el sistema y en el que la autoridad, sin ser democrática, es decir, sin ser una autoridad legítima, cuenta con legitimación.

Pues bien, en la obra de Nino, como he señalado, una reconstrucción plausible desde el punto de vista externo de los conceptos jurídicos manejados en la práctica jurídica exige observar cómo operan estos -es decir, cómo son articulados- desde la perspectiva interna a esa práctica. El concepto de validez jurídica es un concepto puente entre el Derecho y la moral y "un juicio del tipo 'la norma X es válida' sólo sirve para justificar decisiones como

las judiciales cuando presupone principios o consideraciones de justicia o moralidad social"[Nino, 1985:92].

En su opinión, las confusiones teóricas en torno al concepto de validez jurídica han oscurecido mucho las respuestas a las preguntas acerca del estatus de las normas *de facto* durante y después de un régimen dictatorial. Esto, además, ha tenido graves repercusiones socio-políticas. Los jueces y juristas teóricos muchas veces no por convicciones ideológicas, sino por erróneos razonamientos en términos jurídicos, consideraron justificada cualquier norma jurídica, incluso aquella emanada del uso del poder amparado por la mera capacidad fáctica de monopolio de la violencia, sin ninguna legitimidad moral[9]. Nino da cuenta de algunos de esos erróneos razonamientos que apoyaron, muchas veces, sinceras convicciones teóricas: (1) la adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificativo[10]; (2) la idea de que la validez jurídica es independiente de toda consideración moral (y, de esta forma, aunque rechazaban la legitimidad del régimen, sostenían la validez de sus disposiciones jurídicas; en el mejor de los casos, se consideraba que tales disposiciones eran Derecho válido que constituía genuinos deberes jurídicos pero que, sin embargo, debían ser derrotado por consideraciones morales); (3) la idea de que la validez puede fundarse solamente en ciertos hechos, como el de que el régimen *de facto* detenta efectivamente el poder e introduce cierto orden, paz y certeza (ésta es la postura del positivismo ideológico); (4) la convicción de que los jueces traicionarían su misión y su juramento si dejaran que su reconocimiento del Derecho positivo se viera condicionado por consideraciones extrajurídicas, y que si los juristas teóricos recurrieran también a este tipo de consideraciones dejarían de ser científicos para transformarse en políticos [Nino, 1985: 91].

Pues bien, para Nino, el carácter *de iure* o *de facto* de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas -puesto que tal justificación ha de ser siempre de índole moral-, pero sí que incide en la respuesta a la pregunta acerca de si esa justificación moral se alcanza o no invocando, meramente, la norma jurídica (como juicio deóntico) en cuestión. Por supuesto que, de la misma forma que el reconocimiento de las normas jurídicas procedentes de un gobierno *de facto* no puede basarse

[9] En este mismo sentido, cfr. R. Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, (2000), págs. 197-230.

[10] Véase en este sentido la lectura y análisis que hace Nino de la interpretación que hace Harris de la norma básica kelseniana en Harris, "When does the Grundnorm Change?" en *Cambridge Law Journal*, 29 (1971). C.S. Nino, *La validez del Derecho*, *op.cit*., págs. 18 y ss.

simplemente en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder, el reconocimiento de las normas dictadas por los gobiernos *de iure* no puede apoyarse en la mera concordancia entre esas normas y una Constitución. Si tal concordancia tiene valor a los efectos de poder invocar tales normas como razones justificativas es porque se presupone que tal Constitución recoge valores éticos aceptables. Son estos valores éticos los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas[11] y es esa validez -escribe nuestro autor- la que las capacita para justificar actos y decisiones; esto es, las capacita para ser invocadas como razones para la acción.

Pero ¿cuál es el fundamento de tal presupuesto? Veamos el análisis que hace Nino acerca de la cuestión clave de cómo afecta el hecho de proceder de un tipo de gobierno u otro a la presunción de la legitimidad moral de las normas jurídicas (legitimidad que, como he advertido, es la que las impregnara de la fuerza normativa que pretende el Derecho para sí).

Hay dos tipos de consideraciones a las que podemos recurrir para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: las que se refieren a su contenido y las que tienen en cuenta su origen. Cuando una norma satisface completamente las exigencias respecto de su contenido, entonces, las consideraciones relacionadas con su origen se vuelven superfluas. Pero cuando las consideraciones concernientes al contenido de las normas no están del todo satisfechas, comienzan a ser relevantes las consideraciones acerca de su origen. Nino señala que lo deseable es llegar a un equilibrio entre estas dos clases de consideraciones morales según su respectivo peso: esto es, si el desvío de las exigencias relativas al contenido de las normas es muy amplio, las normas serán válidas (es decir, tendrán fuerza normativa) sólo si las razones que hacen legítimas a las normas por su origen son de considerable peso.

Las normas de un gobierno democrático difieren de las emanadas de uno autocrático precisamente en el peso de las razones que podría legitimarlas en virtud de su origen. Veamos esto con más detenimiento.

En la teoría de Nino, el sistema de decisiones democrático es el mejor *sucedáneo* del discurso moral porque, de todos los sistemas posibles de decisiones, es el que más se aproxima a sus exigencias de deliberación libre y de consenso. Dado que el discurso democrático tiene tales rasgos, entonces, éste puede ser legítimamente utilizado como sustituto, aunque imperfecto, del discurso moral, cuando, como es el caso de las decisiones que han de to-

---

[11] Aunque esta puntualización podría hacer pensar en la irrelevancia de la Constitución en el razonamiento práctico del sujeto -si las normas jurídicas pueden ser invocadas como justificaciones en la medida en que reflejen determinados principios morales ¿no convierte esto a la Constitución en irrelevante?- ésta es sólo una aparente irrelevancia que desaparece en cuanto profundizamos algo más en el fenómeno jurídico y aprehendemos en nuestra teorización su carácter de práctica institucional colectiva. Vid. C.S. Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional,* ed. Astrea, (1992).

marse en el marco de la organización y resolución de conflictos en nuestras sociedades, no puede acudirse a este último -por la urgencia en la toma de decisiones y la necesidad de cerrar los conflictos- para generar la convergencia buscada de acciones y actitudes.

En la primera edición de *Ética y derechos humanos* (1984) y en *La validez del Derecho* (1985), Nino sostiene una postura que presenta al discurso moral y a su sucedáneo el discurso democrático como constitutivo -aunque este último de forma imperfecta- de la legitimidad de las soluciones (postura que denominó constructivismo ontológico), pero, posteriormente, abandonó esta postura y la sustituyó[12] por lo que pasará a denominar constructivismo epistemológico. En esta nueva forma de entender el discurso moral y la democracia como su sucedáneo imperfecto, el consenso unánime o por mayorías se presenta -respectivamente y, claro está, con distinto grado de fiabilidad- como una razón para creer en la existencia de tales principios morales. Es decir, el consenso que resulta de la deliberación tiene valor epistémico y sirve como indicio para determinar cuáles son los principios morales válidos y, concretamente, en el caso de la democracia, es un indicio acerca de que esa norma jurídica aprobada -en su vertiente de juicio de deber o aspecto valorativo- deriva de -refleja o recoge- normas morales plausibles.

Así, el valor epistémico del resultado del discurso moral se transfiere al resultado del procedimiento democrático, pero como éste es un procedimiento *imperfecto* en relación con el discurso originario, su capacidad justificativa es sólo *prima facie.* De esta forma -escribe Nino- que la atribución de legitimidad a las soluciones obtenidas a través del procedimiento democrático es revocable tan pronto se muestre que ellas no hubieran sido adoptadas en el discurso moral genuino, y que sólo lo fueron gracias a las desviaciones del procedimiento democrático respecto de la estructura del discurso moral [Nino, 1989:397-403]. Es preciso, sin embargo, matizar a qué está refiriéndose Nino cuando habla de desviaciones del discurso democrático en relación con el discurso moral originario. Hay dos tipos de desviaciones: unas son moralmente legítimas y derivadas, precisamente, de la función que el Estado y el Derecho han de cumplir en nuestras sociedades (es, por así decirlo, la proyección institucional de la moral. Son límites, entre otros, derivados de la exigencia de operatividad)[13]. Tales desviaciones

[12] Cfr. A. Rodenas, "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, págs. 279-294.

[13] Nino fue especialmente consciente de esta dimensión de la moral a partir de la reflexión fruto de su experiencia como asesor presidencial en relación con las medidas de la presidencia de R. Alfonsín para la protección de los derechos humanos. Cfr. C.S. Nino, *Un país al margen de la ley* (1992) y *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, (1996). Sobre este punto volveré en el próximo apartado de este trabajo.

derivan, entonces, del carácter necesariamente institucionalizado del debate democrático. Las otras no son moralmente legítimas y se presentan como inaceptables cuando ellas implican anular las precondiciones para que el discurso democrático, como sucedáneo regimentado del discurso moral, subsista; esto sucede cuando las decisiones democráticas atentan contra una serie de derechos básicos que conforman los prerrequisitos de legitimidad del discurso democrático. Por lo demás, en algunos casos, la carencia de valor epistémico del resultado del debate democrático no implica que no haya razones para justificar la obediencia de la norma jurídica democrática si con ello se impide minar una práctica que, en su conjunto, permite la toma de decisiones justas y eficaces[14].

Veamos dos problemas que afectan directamente a la cuestión acerca de los criterios de validez jurídica en la reconstrucción de Nino. Me refiero a su análisis de la cuestión acerca del valor de las normas procedentes de un gobierno *de facto* durante el tiempo en que estos están gobernando y acerca del valor o status de esas mismas normas en tiempos de transición hacia la democracia.

1. El sistema democrático de toma de decisiones es, a la luz de las consideraciones de Nino, el que tiene mayor capacidad para legitimar los cursos de acción que se adopten acerca del ejercicio del cuasi-monopolio de la fuerza que detenta el Estado.

Lo que sucede es que, generalmente, la decisión misma de constituir ese cuasi monopolio no es sometida al procedimiento democrático y, aunque así lo fuera -nos dice Nino-, dudosamente podría ser legitimada por él; su legitimación proviene de la necesidad de preservar los derechos básicos que condicionan ese procedimiento. Entonces, lo que justificaría concentrar la fuerza disponible de una sociedad en ciertos órganos dispuestos a garantizar los derechos humanos es, precisamente, la exigencia de que los derechos que hacen posible tanto la discusión moral genuina como su regimentación a través del sistema democrático no se vean frustrados por actos u omisiones de otros.

Cuando el gobierno es democrático, hay una presunción revocable de que los medios adoptados -las normas jurídicas- para materializar aquel objetivo -la protección de los derechos humanos- son moralmente legítimos. Cuando las normas jurídicas no son fruto de un proceso en el que haya habido libre discusión y consenso explícito de la mayoría de sus destinatarios, no opera la presunción de su justificabilidad moral y el test acerca de su normatividad nos habrá de llevar a examinar la legitimidad moral de su con-

[14] Aquí las normas jurídicas aparecerán -en la terminología de Raz tomada por Nino- como razones auxiliares.

tenido. Sucede, sin embargo, que puede haber otro tipo de consideraciones relacionadas todavía con su origen, que, aunque sean de índole diferente a las que determinan la validez *prima facie* de las normas democráticas, fundamenten una cierta obligatoriedad moral, aun cuando el contenido de las normas *de facto* sea, dentro de ciertos límites, objetable.

Frente a lo que han sostenido diversos autores, el argumento relevante a estos efectos no es el argumento según el cual a partir de que (1) la justificación de la existencia de un gobierno es la necesidad de proteger los derechos individuales básicos y de que (2) muy probablemente, la dispersión de la fuerza implicará tal violación, todo gobierno relativamente estable y eficaz goza de cierta legitimidad *prima facie*. Nino nos dice que: (1) no se puede presuponer *a priori* que cualquier gobierno es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno; (2) aunque se admita que alguien tiene que mandar, de allí no se sigue que esté justificado que cualquiera mande (es decir, el argumento anterior no permite legitimar cualquier gobierno). Además de probarse que alguien tiene que mandar –y esto, como señalaba Nino, está en función de la preservación de los derechos- hay que probar que los que mandan son los más indicados para hacerlo[15]; es decir, que son los más indicados para preservar tales derechos básicos.

A la luz de las anteriores precisiones, Nino considera que sólo en determinadas circunstancias puede admitirse cierta legitimidad de origen a las prescripciones emanadas de una autoridad *de facto*. En su opinión, si pese a carecer de una legitimidad de origen, el gobierno *de facto* es, en general, respetuoso con los derechos básicos, entonces, si una vez que asumió o usurpó el poder resulta imposible un restablecimiento inmediato del régimen democrático y puede haber un costo considerable, siempre en términos de preservación de derechos, en una desobediencia generalizada a quienes detentan el poder, consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc. operarán a favor del reconocimiento de sus normas [Nino, 1985:99].

Creo que si extrapolamos el análisis de Radbruch y Alexy a las consideraciones de Nino es posible sostener que lo que está operando aquí es la

[15] En este mismo sentido escribía Calsamiglia que la situación de anarquía o de caída de un Estado no es necesariamente peor que tiranías como la de Hitler o Stanlin. La estabilidad puede ser garantizada por una dictadura, pero la legitimidad puede únicamente ser alcanzada si la igualdad y las necesidades básicas son garantizadas por el Estado para todo el mundo. A. Calsamiglia, "Constitutionalism and Democracy" en *Deliberative Democracy and Human Rights*, ed. H. Hongju Koh y R. C. Slye, Yale University Press, (1999), volumen colectivo en el que varios autores (A. Calsamiglia, R. Dworkin, E. Garzón Valdés, M.D. Farrell, S. Holmes, T. Nagel, entre otros discuten sobre diversas tesis sostenidas por Nino o temas que ocuparon su pensamiento). Una pregunta de interés es, por lo demás, si es cierto que tales regímenes son capaces de alcanzar la legitimación suficiente para garantizar la estabilidad.

cláusula radbruchiana de la extrema injusticia para marcar el límite acerca de qué normas pueden ser consideradas jurídicas aceptando que tenemos un sistema de normas que nos sirve para introducir orden, paz y certeza en nuestra convivencia. Tales consideraciones tendrán un cierto peso que deberá ser sopesado por los jueces frente a las posibles desviaciones respecto de exigencias de justicia del contenido de esas normas a la hora de entender si estas generan o no deberes jurídicos *prima facie*. Es decir, a la hora de decidir si son válidas o nulas como normas jurídicas.

Por lo demás, pudiera darse el caso de que en un sistema no democrático en el que, sin embargo, se respetan dentro de ciertos mínimos los derechos humanos, la obligación de los ciudadanos sea desobedecer las normas -sin negar su carácter jurídico y constitutivo de *deberes prima facie*- que provienen de las autoridades *de facto*, mientras que la de los jueces sea la de aplicar determinada normativa pese a sus carencias valorativas de contenido -siempre dentro de ciertos límites [Nino, 1989: 400-411].

2. Pero ¿qué sucede cuando las autoridades *de facto* dictan leyes con las que pretenden amparar violaciones masivas de derechos humanos en su territorio? Es decir, qué sucede cuando la cláusula radbruchiana de la no injusticia extrema es violada. ¿Pueden los participantes seguir hablando de deberes jurídicos *prima facie*? El momento en que este problema práctico suele salir a la luz es en los momentos de transición hacia una democracia, cuando nuevos operadores del sistema jurídico cuestionan el funcionamiento del régimen anterior. ¿Qué valor tienen las normas *de facto* a los efectos de las declaraciones de responsabilidad penal llevadas a cabo, posteriormente, durante la transición democrática? ¿Qué valor tienen las leyes de autoamnistía dictadas por el régimen saliente con la pretensión de impedir el castigo de los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos?

En la obra de Nino, por un lado, el fin que justifica moralmente el castigo como institución es un fin social, no retributivo: evitar en el futuro la comisión de nuevo de actos abominables en violación de los derechos humanos y la creación de una cultura civil e institucional de respeto y garantía de los derechos humanos; por otro, el fundamento del castigo a un sujeto particular se encuentra en el principio de consentimiento. El principio de consentimiento es, a su vez, la base del principio de legalidad, según el cual, para sancionar un determinado comportamiento es preciso que haya una ley escrita previa a la realización de la conducta que prohíba su realización. Sólo cuando un agente actúa a sabiendas de la existencia de una ley positiva que califica a su acto como punible podemos, de alguna forma, considerar que ha consentido al castigo; algo que justifica la imposición de tal castigo siempre y cuando constituya un medio plausible para proteger a la sociedad contra futuras violaciones de derechos humanos [Nino, 1980].

Tratar de dar una respuesta a las anteriores preguntas nos envía al problema del debate entre la posición defendida por Radbruch y la posición defendida por Hart en relación con cuál era la reconstrucción plausible de los juicios de la posguerra.

El principio de legalidad es un principio de nuestros sistemas jurídicos cuyo fundamento es la protección de la confianza depositada por los distintos sectores de la sociedad en el Derecho escrito positivizado y eficaz[16]. Por razones de seguridad jurídica, un Derecho positivizado y eficaz no deja de ser Derecho -es decir, no deja de amparar acciones- aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos.

Pero ¿qué sucede cuando tales contenidos son extremadamente injustos? Aunque, sin duda, una tarea de especial interés para la teoría habrá de ser la de precisar más este concepto de "extremadamente injusto" aquí tomaré la caracterización que hacen Radbruch, Nino y Alexy de él en términos de la violación de derechos humanos básicos. Cuando nos encontramos ante normas extremadamente injustas lo que hallamos es pues que las ponderaciones entre valores han dado como resultado reglas que reflejan una subversión de lo que puede considerarse una jerarquía valorativa moralmente sostenible.

En el análisis de Nino, las normas que provienen de un gobierno *de facto* que son a su vez contrarias a las exigencias de la moral de forma extrema carecen de cualquier fuerza justificativa[17] son jurídicamente nulas. Las normas jurídicas válidas en vigor serán aquellas que, procediendo o no de un régimen democrático[18], amparan los derechos humanos básicos. De esta forma, Nino escribe en su trabajo *Radical Evil on Trial* que nos encontramos con que, rechazada la validez de las normas que pretendían amparar tales

[16] Cfr. R. Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal". *Doxa*, nº23, (2000), en relación con el principio de legalidad penal véase, especialmente, las págs. 211-218.

[17] Esto afecta también a las normas procedentes de un gobierno democrático puesto que, cuando se trata de derechos humanos básicos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estará justificada una norma jurídica que negara o recortara su reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, *op.cit.*, pág. 24.

[18] En relación con este aspecto del problema, Nino señala que la norma jurídica no tiene que ser necesariamente democrática siempre y cuando después sea confirmada por una decisión democrática. A esto añade que sólo cuando el agente actúa conociendo que existe una norma jurídica que de alguna forma convierte a su acto en un crimen es legítimo sostener que consintió al castigo (justificando de esta forma la imposición de tal castigo siempre y cuando sea un instrumento eficaz para la protección de la sociedad). Si los perpetradores de las violaciones alegan su desconocimiento de la existencia de leyes que hicieran punibles tales actos cuando ellos los cometieron, Nino considera que ellos han de asumir las consecuencias de su elitismo moral epistémico (esto es, la creencia errónea y arrogante de que la reflexión individual y aislada de quienes dictan las normas dictatoriales es más digna de confianza que las decisiones democráticas). C.S. Nino, *Radical Evil on Trial*, *op.cit.,* págs. 162-163.

violaciones, "las atrocidades son crímenes claramente en la época de los regímenes dictatoriales si tenemos en cuenta (a la luz de la necesaria conexión justificativa entre Derecho y moral) el conjunto anterior de normas válidas" y que "las acciones deben ser juzgadas, en la medida de lo posible, bajo las leyes sustantivas y procesales y por los jueces por ellas designados, que hubieran sido operativas en el momento de los actos de no haber sido por las decisiones totalitarias amparando los abusos" [Nino, 1994:163].

Entonces, según esto, y a diferencia de la reconstrucción hartiana, los órganos del poder judicial de la democracia subsiguiente no enfrentan un problema de aplicación retroactiva de leyes penales sancionadoras puesto que los crímenes eran considerados como tales a la luz del Derecho válido en ese momento. Lo que sucedía es que ese Derecho no coincidía con el que aparecía como el Derecho escrito positivizado y eficaz, que, además, fallaba a la hora de satisfacer la pretensión de corrección. Si tenemos en cuenta la nulidad de las leyes que violan los derechos humanos, el Derecho válido lo encontrábamos en el nivel previo de normas jurídicas positivas válidas[19].

---

[19] En este sentido, y apoyando su solución en un razonamiento parcialmente similar, se pronuncia Alexy cuando analiza en el trabajo antes mencionado las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con los crímenes cometidos por los centinelas del muro de Berlín. La fórmula radbruchiana de Derecho extremadamente injusto se aplica, para declarar no válidas (no aplicables *ab initio*) cláusulas provenientes de un Estado injusto que ampara un derecho manifiestamente injusto como las que pretendían justificar el homicidio de quienes quebrantaban la frontera que separaba la RDA de la RFA hasta la caída del muro de Berlín en 1989. El principio que garantiza la no retroactividad no protege la confianza en una causa de justificación amparada por una ley manifiestamente injusta y, en consecuencia, nula *ab initio*. En el caso en cuestión, Alexy considera que la formula radbruchiana al calificar el Derecho extremadamente injusto como nulo no provoca la aparición de una laguna puesto que el Derecho penal de la RDA contenía al tiempo de los hechos una extensa prohibición jurídico-penal del homicidio doloso. Alexy considera erróneo, sin embargo, la argumentación del TCF cuando parece querer hacer una interpretación del conjunto del Derecho de la RDA señalando que "se podría recurrir a la valoración que la propia RDA había tomado como base de sus disposiciones penales". El error de esta argumentación está, en opinión de Alexy, en que podría hacer pensar que la punibilidad de los centinelas del muro, estaba ya prevista por el régimen jurídico de la RDA, cuando lo que sucedía es que había una causa de justificación que pretendía amparar tales actos. Y si es nula, es, en opinión de Alexy, por la validez de un derecho suprapositivo cuyo contenido serían los derechos humanos. Éste no es ni rígido ni inmutable pero posee, en cambio, un núcleo que transciende un tiempo y espacios concretos. Esto diferencia a Alexy de Radbruch o Kaufmann quienes invocan Derecho positivo no legal (o estatal) que protege los derechos humanos (los derechos humanos para poder ser sancionada su violación, según estos últimos autores, deben tener validez positiva por razón de criterios similares a los del Derecho consuetudinario sin que para ello sea preciso un anclaje legal). Si atendemos entonces a esto ultimo, como señala Alexy, no podría sancionarse a quienes perpetraron los mencionados actos durante el régimen de la RDA, puesto que entonces no existía derecho consuetudinario (que, por definición, se basa en su vigencia social) alguno que reconociera el derecho a salir del país y el derecho a al vida en la forma de un derecho a no ser muerto si uno intenta obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera (este carecía de vigen-

Las anteriores conclusiones a las que Nino llega en su análisis, sin embargo, precisan, en mi opinión, ser completadas con un pronunciamiento acerca del juego del principio de legalidad -a tener en cuenta a la hora de juzgar los actos en el futuro- y el tipo de principio moral en el que se inspira.

Estoy de acuerdo con Nino en que, cuando enfrentamos normas tremendamente injustas, éstas no tienen, a la luz del mencionado principio, ni siquiera un valor justificativo *prima facie* como Derecho, en su momento, eficaz. Pero aun compartiendo esto, sin embargo, me parece que es preciso profundizar en esta cuestión y ello porque no deja de causar una cierta incomodidad el desplazar, sin justificar con todos los argumentos pertinentes, un principio que cumple un papel tan importante como reflejo del principio moral de la seguridad jurídica (o seguridad depositada por el ciudadano y operadores jurídicos en el Derecho que aparece como el Derecho eficaz en un determinado momento). Veamos pues el argumento que en mi opinión falta para cerrar el problema.

Si el principio de legalidad protege la confianza en la ley que aparece en ese momento como positiva y eficaz, cuando excluimos de ese ámbito de protección las leyes o cláusulas penales extremadamente injustas estamos escogiendo entre: (1) dejar sin punición a quienes actuaron amparándose en prescripciones extremadamente injustas que, aun siendo jurídicamente nulas *ab initio,* bajo el régimen, se presentaban como el Derecho positivo eficaz; o bien, (2) entender que el principio de legalidad para que sea moralmente legítimo ha de excluir de su ámbito de protección la supuesta confianza depositada en normas que aparecen como Derecho positivo y eficaz pero que,

---

cia social). Luego, como apunté al principio, según Alexy, aquellas normas (la cláusula que excluía la punibilidad mediante el establecimiento de una causa de justificación en un ámbito parcial en relación con actos en todas las otras esferas tipificados como violaciones criminales muy graves) vulneraban no un Derecho socialmente vigente sino uno suprapositivo. R. Alexy, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*. nº 23, (2000), pág. 220, pié de pág. n° 87. En el caso del análisis de Nino, son también consideraciones morales las que califican como nulas a las normas procedentes de los gobiernos *de facto* que pretenden amparar violaciones de derechos humanos. Lo que sucede es que para este autor el hecho de que las normas no procedan de un régimen democrático y que, además, pretendan amparar actos que atentan contra derechos humanos básico las convierte en nulas (de esta forma escribe que "las leyes que autorizan los abusos deben ser consideradas nulas *ex nihilo* puesto que su origen no democrático permite examinar lo odioso de su contenido", *op.cit.*, pág. 163); es decir, si interpreto bien a Nino, el intento de cambio del orden jurídico es un intento a estos efectos frustrado y las normas democráticas o respetuosas con los derechos humanos (sancionadas por una ley democrática posterior) son Derecho válido vigente. En este sentido, la legitimidad de Alfonsín, p.ej. vendría dada por haber aplicado durante la transición y para juzgar los actos cometidos durante la dictadura la Constitución de 1853 (que seguía siendo la norma válida aplicable si tenemos en cuenta la nulidad de las normas procedentes del gobierno *de facto*).

al ser extremadamente injustas, fallan como Derecho jurídicamente válido (tal confianza no sería pues merecedora de protección).

A la luz del análisis de Radbruch, Nino y Alexy sostengo pues de forma tentativa lo siguiente: el valor moral de la seguridad jurídica que materializa toda ley y que la impregna de la normatividad que pretende (para constituir deberes jurídicos genuinos) se ve derrotado cuando la norma es extremadamente injusta. La consecuencia de esto es que tal norma es ya en su génesis, por carecer su pretendida normatividad de todo fundamento, nula como Derecho. Así la calificación de juridicidad -que pretende generar un deber jurídico genuino- implica en mi opinión introducir necesariamente junto con consideraciones acerca del procedimiento y las autoridades competentes según las reglas del sistema, una consideración acerca de la justicia de la norma en cuestión. Cuando la injusticia de la norma es extrema, como he dicho, la balanza de la juridicidad cae, pues el peso del principio de la certeza y paz se ve superado por el de la injusticia de la medida. El resultado del test de normatividad resultará ser negativo. La norma no será jurídicamente válida.

Cuando en el futuro se juzguen las acciones realizadas supuestamente al amparo de esas normas que, pese a ser jurídicamente nulas, aparecían entonces como el Derecho eficaz, las consideraciones acerca del principio de legalidad no permitirán amparar bajo el título de actos llevados a cabo según el Derecho eficaz aquellos actos, pues tal principio sólo es moralmente legítimo cuando es interpretado en el sentido de proteger la confianza de los sujetos en el Derecho eficaz siempre y cuando no supere unos márgenes extremos de injusticia.

III. La tesis del caso especial y sus implicaciones en las fuentes del Derecho

Ha llegado el momento de introducir un pequeño desarrollo acerca del segundo núcleo de problemas apuntados al comienzo de estas páginas. Me refiero a la cuestión acerca de si para que un deber jurídico sea un deber genuino es preciso que lo sea previamente al margen de cualquier institución. Vimos que aquí positivistas y postpositivistas coinciden; parece que no podría ser de otro modo ya que, cuando observamos nuestros sistemas jurídicos, uno aprecia que gran número de deberes pueden sólo comprenderse como tales en el marco de la existencia de una institución.

1. Dar cuenta del aspecto o dimensión colectiva institucional del Derecho implica apreciar la especificidad del discurso jurídico práctico en relación con el razonamiento moral ordinario. La tesis que gravita tras las páginas anteriores y las que siguen y que permite darle unidad argumentativa a todo lo aquí expuesto es la denominada tesis del caso especial que se caracteriza

por sostener que una reconstrucción plausible de nuestras prácticas justificativas jurídicas pasa por comprenderlas como un caso especial de las prácticas morales más generales. Ello es en definitiva una tesis implicada por la unidad del razonamiento práctico que aparecía ya, como dije, en las palabras de Kant antes citadas ["Todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la Ética; pero su legislación no está contenida para todos en la Ética, sino fuera de la misma para muchos de ellos"].

Detengámonos a ver pues cuál es en última instancia el carácter de esos deberes que nacen de la puesta en funcionamiento de una institución. Para ello será preciso, como he apuntado, un breve examen de la dimensión colectiva-institucional del Derecho.

De nuevo a partir de un análisis de Nino, podemos sostener que decir que el Derecho, el fenómeno jurídico, es una práctica colectiva implica dar cuenta del hecho de que una pluralidad -enorme pluralidad- de sujetos contribuye mediante acciones y decisiones a esa práctica y de que, derivado de lo anterior, cualquier acción realizada o decisión tomada en el marco del Derecho ha de realizarse o tomarse ponderando las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. Ese carácter de práctica colectiva es lo que lleva a Nino a hablar de 'la naturaleza esencialmente política del Derecho'[20]. De esta forma, señala este autor que "toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tener en cuenta las acciones, reacciones, actitudes y expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo, en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)" [Nino, 1994:147].

Nino subraya el aspecto institucional[21] del Derecho, haciendo con esto referencia a una pluralidad de ideas interrelacionadas. Hablar del Derecho

[20] Sin embargo, parece que no es éste el rasgo que permite diferenciar al Derecho de la moral si, como Nino, entendemos que la moral (entendida como la empresa de construcción y conocimiento de los principios morales) es también un fenómeno político –es decir, colectivo. En este sentido, en su trabajo *El constructivismo ético*, Nino subraya, frente al individualismo metodológico kantiano, el societarismo metodológico que subyace a su especial comprensión del constructivismo como modelo de fundamentación de la moral. C.S. Nino, *El constructivismo ético*, ed. Centro de Estudios Constitucionales.

[21] En un trabajo reciente, M. Atienza y J. Ruiz Manero centran su atención en la mencionada dimensión institucional de Derecho y, en un sentido coherente con el análisis de Nino y que creo que puede permitirme iluminar las contribuciones de este último, escriben que el carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar; y ello es así porque, a diferencia del discurso moral ordinario en el que sólo operan razones sustantivas, en el caso del Derecho, para la preservación de la vigencia de un determinado sistema jurídico y la eficiencia de su "maquinaria" -que es el medio con el que contamos para conseguir en mayor grado la implementación de valores y fines sustantivos- se requiere el cuidado de la eficacia del sistema normativo y el cuidado de

como práctica institucional significa en el análisis de Nino (1) que las normas jurídicas establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema; es decir, nos encontramos con unos órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema, otros órganos encargados de la aplicación de tales normas para, entre otras funciones, resolver conflictos entre particulares [Nino, 1983:106]; (2) que -en el caso de las instituciones democráticas- las decisiones de los órganos encargados de la producción y cambio de las normas del sistema son fruto de debates regimentados y tomadas -como vimos- por mayorías; y que los procedimientos jurídicos de resolución de conflictos tienen carácter regimentado por cuanto que están sujetos a límites temporales, se pone fin al conflicto mediante una decisión obligatoria que, dentro de unos ciertos márgenes temporales, ya no puede ser sometida a ulterior revisión y esas decisiones obligatorias no se fundamentan en el consenso unánime de todos los afectados, sino en la autoridad que, a tales efectos, tienen determinados órganos; (3) lo anterior, podríamos decir, se traduce -entre otras cosas- en que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas [Atienza y Ruiz Manero, 2002:10-11]. (4) El Derecho es una práctica social que genera consensos por convención; esto significa que la conformidad general del grupo es parte -aunque sólo parte- de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación.

En una reconstrucción del Derecho como la de Nino encontramos que: en un primer nivel, los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas jurídicas se nos presentan como legitimas, pero una vez que ello queda determinado, nuestro razonamiento tiene lugar en un segundo nivel en el que son tales prácticas las que determinan qué principios se aplican para justificar acciones y decisiones.

El aspecto específico de la dimensión institucional del Derecho que quiero ahora resaltar aparece bien identificado por Atienza y Ruiz Manero en "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho"[22]. Como escriben M. Atienza y J. Ruiz, sucede que si bien las exigencias derivadas de la dimensión institucional del Derecho están, globalmente consideradas, orientadas a satisfacer sus exigencias sustantivas, en de-

---

la eficiencia de la maquinaria. M. Atienza, y J. Ruiz Manero "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *Doxa*, nº 23. MacCormick, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Iuris*, Vol.6, nº 1, Marzo 1993.

[22] Atienza y Ruiz Manero, "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *Doxa,* n° 23, (2000).

terminados supuestos, las primeras pueden entrar en conflicto con estas últimas. Algunos supuestos característicos ofrecidos por estos autores como ilustración de esta tensión o conflicto y de eventual "triunfo" de los principios institucionales serían los siguientes: un primer supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el 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. 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 ejemplo de este caso. 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, por parte, por ejemplo, de un órgano jurisdiccional, el perímetro de permisiones en cuyo marco se desenvuelve el ejercicio legítimo de las competencias de otro órgano, por ejemplo, el legislador. A este caso corresponden todos los supuestos en los que el TC declara la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos, sino recomendando al legislador su sustitución. Otro 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 de la presunción de constitucionalidad de la ley.

La tesis que estos autores defienden no implica que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Esto sería lo propio de una concepción formalista del Derecho entendida como una concepción para la cual el elemento autoritativo del Derecho (presente sobre todo en las reglas y principios institucionales) debiera 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 estos autores sostienen -y creo que sería suscrito por Nino- es una tesis más débil, esto es, que el elemento autoritativo es esencial al Derecho, y que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo. De ahí que la vertiente institucional del Derecho haya de ser tenida en cuenta como un ingrediente necesario para poder reconstruir de forma acertada el razonamiento jurídico. Lo que sucede es que, como antes apunté, que el Derecho funcione como institución es algo moralmente relevante pues es una de las instituciones con las que contamos los seres humanos para poder realizar una serie de valores –morales- últimos.

El mapa que se presenta es, ciertamente, complejo: (1) junto con consideraciones derivadas de exigencias de operatividad (límite de tiempo, recursos etc), (2) encontramos otras que vienen articuladas en términos del diseño político institucional superior por lo que se refiere a su calidad epistémica; pero, también, junto a esto, nos encontramos (3) con dudas importantes acerca de la calidad epistémica de las democracias reales, que nos llevan a subrayar el compromiso por parte de los jueces (y, especialmente, del TC) de acercar la propia práctica, en la medida en que sea posible, a formas más perfectas de legitimidad.

En fin, basten estas breves notas para identificar la especificidad del fenómeno normativo jurídico frente a la moral que, como hemos visto, viene implicada por una serie de rasgos que pueden resumirse en lo que se conoce como su dimensión institucional. Lo importante, a los efectos de la tesis que vengo sosteniendo a lo largo de este artículo, es que esta institucionalización es una exigencia de la propia racionalidad práctica. No sería posible la vida en sociedad, la regulación de la interacción colectiva y la satisfacción de los derechos humanos si el discurso moral no fuera completado con el Derecho como discurso en el que se combinan dos tipos de elementos: autoridad y valores últimos. Aunque no entraré a desarrollar esta cuestión, la forma en que quizá sea posible armonizar estos dos elementos -sin negar por ello la existencia de una tensión permanente- es sosteniendo como hace Nino que el tipo de Derecho que responde de forma más plausible a las exigencias de la propia moral no es cualquier Derecho, sino uno que tenga su fuente en la política democrática.

2. Pero ser un 'caso especial' implica obviamente también "ser un caso de". Y es aquí, donde es preciso señalar que lo que caracteriza además a la tesis de la unidad del razonamiento práctico es, el sostener -en la terminología de Nino- que las normas jurídicas sólo pueden verse como razones justificativas de la acción si se las concibe como juicios de adhesión normativa; esto es, como juicios derivados de principios morales que conceden legitimidad a ciertas autoridades y juicios descriptivos de las directivas emanadas por dichas autoridades. Pero, además, esto resulta algo más complejo si acordamos con Nino que, precisamente, lo que concede legitimidad a un sistema de gobierno sobre otro es la mayor fiabilidad epistémica en relación con los principios morales válidos [Nino, 1989]. Entonces, nos encontramos con que las normas jurídicas procedentes de un sistema democrático constituyen razones para la acción en la medida en que -tenemos razones para creer que- en su vertiente valorativa están ejemplificando, o especificando, principios morales (es decir, se presenten como exigencias derivadas de la legitima protección de bienes). Y cuando esto no es así, es preciso ver si, en última instancia, opera también el principio moral que exige implementar

aquellos procedimientos epistémicos que maximicen la probabilidad de actuar de forma moralmente correcta.

Pueden darse conflictos entre las normas provenientes de las autoridades legítimas y los derechos humanos derivados de los principios morales. En realidad este conflicto viene implicado por un conflicto que se da ya entre principios morales. En el sistema moral y a la luz de las exigencias de organización de nuestras sociedades (por razones epistémicas y de protección eficaz de derechos humanos), un principio moral establece el deber de implementación de sistemas justos de gobierno y derivado de esta exigencia el deber moral de obediencia a las autoridades legítimas. Junto con estos principios hay otros principios morales de los que derivan los derechos humanos como derechos morales. Es fácil percibir que las exigencias derivadas de unos y otros pueden entrar en conflicto en las sociedades reales sobre las que se proyectan.

El anterior conflicto reaparece en la propia Constitución entre, por un lado, el deber de obediencia a las normas dictadas por las autoridades democráticas legítimas (y los deberes jurídicos que ellas pretenden constituir) y, por otro, el respeto a los derechos fundamentales.

La pregunta que resulta en este momento relevante es en qué medida ese conflicto puede darse sin que el propio Derecho haya de resolver negando en ciertos supuestos juridicidad a la disposición dictada usando las competencias atribuidas por el sistema jurídico.

Esto nos envía a realizar una serie de consideraciones acerca de las normas últimas del sistema, concretamente a aquellas que se ocupan de la regulación de la producción del Derecho. Trazaré mi postura a partir de una serie de consideraciones críticas al trabajo *Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales* de Josep Aguiló [1994]. Intentaré ver en qué medida el análisis que he llevado a cabo en este artículo permite cuestionar algunas de las conclusiones a las que llegaba el mencionado autor en aquel trabajo.

Aguiló, tras llevar a cabo una sintética reconstrucción de dos modelos de teoría del Derecho que consideran, cada uno de ellos, como esencial al Derecho un elemento distinto (el consenso, en el caso de una teoría del Derecho desde el punto de vista del aceptante por razones morales; la coacción, en el caso de quienes reconstruyen los conceptos jurídicos básicos desde el punto de vista de quien conforma sus actos a los mandatos del Derecho por razones prudenciales), sostiene que tanto la imagen angelical como la de la coacción desnuda son parciales y distorsionadoras. A partir de esto, el autor elabora una hipótesis según la cual ambas conexiones (tanto la que surge a partir de la observación de los aceptantes, como la que surge a partir de la observación de quienes actúan por razones prudenciales) son igualmente

importantes para dar cuenta del Derecho; como tesis empírica -nos dice- puede resultar plausible constatar que en los órdenes jurídicos, la importancia fáctica de la dimensión normativa y de la prudencial depende del grado de cohesión social. A mayor grado de cohesión social –apunta Aguiló-, mayor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo vinculado a ella) y menor será el protagonismo del recurso a la fuerza (y del razonamiento prudencial vinculado a ella). Y, a la inversa, a mayor grado de conflicto social, menor peso de la aceptación ideológica (y del razonamiento normativo) y mayor de la coacción (y del razonamiento prudencial).

A partir de la radicalización de los elementos de su tesis empírica, Aguiló postula una tesis conceptual: si observamos una comunidad fuertemente integrada en la que la aceptación ideológica de las normas de conducta es tan intensa que lleva, por ejemplo, a fenómenos tales como que la desviación se resuelve mediante el autocastigo, difícilmente diríamos que dicha comunidad cuenta con un orden jurídico. Y, de igual modo, si la comunidad observada presentase un nivel de conflicto tal que hubieran quedado relegados los elementos de consenso, difícilmente diríamos que en esa comunidad rige un orden jurídico [Aguiló 1994:80].

La cuestión que aquí resulta de interés es ver cómo -en opinión de este autor- repercute esa doble naturaleza del Derecho -con la que yo estaría de acuerdo- en el razonamiento jurídico justificativo. Aguiló analiza este punto a partir de una reflexión sobre las fuentes del Derecho.

Una de las posibles ambigüedades de la expresión fuentes del Derecho puede ser resuelta -nos dice- si constatamos que, en realidad, los dos sentidos de la expresión (fuentes del Derecho (1) como modos o métodos de producción de Derecho; actos o hechos de los que depende la creación de normas jurídicas y (2) como normas superiores en relación con las normas inferiores cuya producción regulan y que pueden denominarse normas sobre la producción jurídica) se implican recíprocamente, pues si hay actos o hechos productores de Derecho es porque hay normas jurídicas que los califican como tales y si hay normas sobre la producción jurídica es para regular los hechos o actos productores de Derecho. De esta forma, Aguiló estipula la siguiente definición de fuentes del Derecho: son los hechos o actos de los que, en virtud de las reglas sobre la producción jurídica, depende la creación o la existencia de las normas jurídicas. Otra de las ambigüedades de la expresión puede resolverse si distinguimos entre fuentes-proceso, por un lado y fuentes-producto, por otro.

Las fuentes del Derecho cumplen una función de certeza y una función justificativa:

a) Función de certeza: las fuentes-proceso, que constituyen algo parecido al pedigree de las fuentes-producto, permiten determinar con relativa

precisión las normas jurídicas y, en consecuencia, los derechos, deberes, poderes, etc de los individuos; por ello permiten también predecir las consecuencias jurídicas de las conductas.

b) Función justificativa: las fuentes del Derecho sirven para la justificación externa de la premisa normativa. Es decir, mostrando que ella tiene su origen en una fuente se justifica dicha premisa. Una de las funciones de las fuentes del Derecho sería entonces la de cerrar el razonamiento jurídico justificativo [Aguiló 1994:802].

Hasta aquí podríamos entender que no existe ningún problema o tensión en relación con las tesis que he defendido a lo largo de este artículo. Pero, es que, precisamente, el problema, el núcleo duro de la discusión se centra en mi opinión en la configuración de esas fuentes del Derecho (como fuentes-proceso). Y la respuesta que demos a esta primera cuestión determinará, además, la plausibilidad de la tesis según la cual las fuentes del Derecho -como fuentes-producto- cierran el razonamiento jurídico justificativo.

Siendo así, creo que Aguiló se equivoca cuando apunta que desde los criterios del sistema jurídico son irrelevantes las razones por las cuales los sujetos aceptan o usan una determinada premisa normativa. Y creo que se equivoca, no porque yo considere que para el sistema jurídico tales creencias sean relevantes, sino porque creo que el punto interesante a discutir aquí es cuáles son las pretensiones del sistema jurídico al margen de las relaciones de aceptación que cada agente -la mayoría en un sistema que disfrute de una fuerte dosis de consenso o una minoría en el caso contrario- tenga con el sistema en cuestión. Una decisión estará justificada (en el sentido sustantivo) cuando –y al margen de la creencia o aceptación de las normas como razones sustantivas válidas por parte del juez- tal decisión derive de normas válidas (esto es, derive directa o indirectamente de razones sustantivas válidas). Aunque sí que es cierto que la pretensión por parte de los operadores jurídicos de esgrimir razones para la acción cuando invocan al Derecho habrá de arrojar luz sobre las pretensiones de éste.

Centrado así el problema, lo que corresponde es ver cómo han de configurarse las fuentes del Derecho para responder a la pretensión de éste -apuntada, por cierto, por Aguiló- de crear derechos, deberes y poderes.

La respuesta tentativa que el hilo argumental de este artículo me lleva a esbozar es que, si bien cómo sostiene Aguiló, el Derecho rebaja en un grado la indagación de los motivos que lleva a los sujetos (institucionales o ciudadanos en general) a obedecerlo, eso no implica que la configuración de lo jurídico suponga también rebajar en un grado las razones invocadas en el discurso práctico general. Emitir juicios según o desde un orden jurídico, si la tesis de la conexión sostenida a lo largo de estas páginas es correcta, no puede verse –en contra de lo que sostiene Aguiló- como ¨bajar un grado en

el discurso práctico" puesto que para poder considerar que un sistema jurídico articula una pretensión de crear deberes y derechos genuinos es preciso que éste incorpore al propio sistema filtros de normatividad adecuados a tal fin. Las fuentes formales deben pues ser completadas con una cláusula –como la de Radbruch- que descalifique como normas jurídicas del sistema los casos de normas extremadamente injustas. Entonces, las fuentes del Derecho formales no pueden ser –en contra de la tesis de Aguiló- la última respuesta tampoco para –o, desde- el sistema jurídico, si éste no quiere frustrar siquiera la pretensión -su pretensión- de configurar deberes genuinos.

Bibliografía

Aguilo, J.: "Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de las prudenciales" en *Doxa 15-16*, (1994)

Alexy, R.: -*El concepto y la validez del Derecho*, ed. Gedisa, (1997).

- "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa 23*, (2000).

Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: "Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho", *Doxa 23*, (2000).

Brink, D.: "Legal Positivism and Natural Law Reconsidered", *The Monist*, (1985).

Calsamiglia, A.: "Constitutionalism and Democracy" en Deliberative Democracy and Human Rights, eds. H. Hongju y R.C. Slye, Yale University Press, (1999).

Hart, H.L.A.: - *El concepto de Derecho* (1961), ed. Abeledo Perrot, (1992).

- *Obligación jurídica y obligación moral*, n°3, Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de México, (1977).

- *Postscriptum* a *El concepto de Derecho*, Universidad Nacional de México, México (2000).

Maccormick: "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Iuris*, vol. 6, n°1, (Marzo 1993).

Nino, C.S.: - *Los límites de la responsabilidad penal*, ed. Astrea, (1980).

- "Los límites de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía jurídica y social*, n°5, (1985).

- *La validez del Derecho,* ed. Astrea (1985).

- *Ética y derechos humanos,* ed. Ariel, (1989).

- *Un país al margen de la ley*, (1992).

-*Fundamentos de Derecho constitucional,* ed. Astrea, (1992).

- *Derecho, moral y política*, ed. Ariel, (1994).

-*Radical evil on trial*, ed. Yale University Press, (1996).

Radbruch: -*Filosofía del Derecho*, 4ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, (1959).

- *Arbitrariedad Legal y Derecho supralegal*, ed. Abeledo-Perrot, (1962).

Rodenas, A.: "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Nino, C.S.", *Doxa 10*.

Singer, M.: "Ética Institucional", *Análisis filosófico*, X (1990).

METODOLOGÍA REALISTA-CRÍTICA Y ÉTICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL*

(Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

The question is not whether we shall adopt **free legal decision***, but whether we shall admit that we already have it.*

Frank

El ser un buen pensador es más difícil de lo que a primera vista parece, porque no sólo hay que defenderse de las soluciones: hay que defenderse **hasta de las cuestiones***, de los mismos problemas de los enunciados.*

Vaz Ferreira

1. Generalidades

La *Teoría del Derecho*, tomando tal expresión para hacer referencia a exámenes como los que se publican en esta Revista[1], indaga señaladamente dos órdenes de cuestiones. *1)* Ella se esfuerza por sacar a luz *descriptivamente* ciertas estructuras de razonamiento que, según tales o cuales autores, suelen estar presentes *ya* en los discursos de los juristas profesionales, aun cuando estos mismos no posean una conciencia suficientemente clara al respecto. *2)* Y además *enjuicia* dichas formas de razonar, ya sea para justificarlas o para impugnarlas, en mayor o menor medida, con base en unos u otros *modelos* básicos de razonamiento que esos autores consideran, por las razones que

(*) Desde hace unos cuantos años vengo anunciando que está por aparecer mi libro: *Metodología (realista) del Derecho* Sin embargo, distintas circunstancias han hecho que no salga a luz y no sé si finalmente llegaré a verlo publicado; por eso escojo, para darlos a conocer aquí, unos pasajes de los materiales preparados para dicha obra. [Algunas partes de esos materiales (pero no lo presentado aquí), junto con otros no destinados a dicha obra, están en mi libro *El espejismo de la interpretación literal*, programado para el año próximo.]

[1] Vale decir, el género de estudios que cabría denominar, de manera más específica, "Investigación sobre las *Bases* del Derecho" (*Rechtsgrundlagenforschung*), esto es: no son las teorías corrientes –doctrina o dogmática jurídicas– que usan los juristas para su actividad profesional (abogados, jueces, etc.), sino la *meta*-teoría donde se reflexiona *sobre* la naturaleza de aquellas y sobre características del pensamiento jurídico *en general*.

fuere (sobre las cuales discuten mucho entre sí), los más adecuados para llevar adelante las tareas intelectuales propias del jurista. Ambos extremos están muy interrelacionados, pero no son la misma cosa. Al capítulo (1), digamos la EPISTEMOLOGÍA del Derecho, el otro (2) le agrega una *propuesta*. Este último no se limita a describir cosas que los juristas *hacen* (supuestamente) en sus discursos, sino que pretende ofrecerles una METODOLOGÍA: ya sea para que ellos prosigan razonando básicamente de la misma manera que antes (detalles más, detalles menos), o bien, para que procedan a modificar aspectos fundamentales de sus hábitos discursivos.

Los dos ítems no suelen aparecer diferenciados netamente entre sí en esos estudios. Sin embargo, considero fundamental no perder de vista la distinción, pues ambos no se acreditan en función de exactamente el mismo tipo de exigencias. El acierto de lo que se exponga en (1) no depende de que lo ahí sacado a luz vaya a ser conocido o no por los propios protagonistas corrientes de la actividad jurídica profesional; *a fortiori* no puede quedar subordinado a la circunstancia de si ese conocimiento sea aceptado o no como tal por parte de ellos mismos. Recuérdese que la Teoría del Derecho, en cuanto disciplina intelectual *específica*, procura sacar a luz más bien lo que son estructuras *subyacentes* de los discursos del derecho, a diferencia de la doctrina común de los juristas. El ítem (2), en cambio, da toda la impresión de responder a la esperanza de *influir* sobre las maneras como plantean las cosas los propios juristas prácticos. Para alcanzar esto, no basta con que el modelo propuesto sea –supongamos– científicamente *acertado* como tal, pues además tendría que resultar *viable* en las condiciones que ofrece la realidad jurídica misma. Entre ellas cuenta también, antes que nada, la circunstancia de que los operadores jurídicos puedan estar verdaderamente *dispuestos* a poner tal propuesta en práctica. Por tanto, sería indispensable que dicha propuesta metodológica tenga posibilidades efectivas de llegar a ser suficiente *conocida* –¡y comprendida!– por esos mismos protagonistas. Debería ser susceptible de "prender" en la mente de los seres de carne y hueso que componen la dinámica real del derecho, estar en condiciones de *funcionar* con individuos que en general se caracterizan justamente por NO cultivar los refinados hábitos de pensamiento que distinguen la especialización intelectual de epistemólogo. Pero, ¿es eso posible realmente?

Por mi parte, en distintos estudios he presentado unas radicales críticas de fondo frente a las corrientes dominantes en la actual Teoría del Derecho. Tales críticas tratan de llamar la atención, respecto a dichas corrientes, no menos acerca de su irrealismo que sobre su actitud general de solazarse en toda suerte de pedantismos escapistas, lo cual concierne tanto al primero como al segundo de los renglones antes señalados. Hasta donde tengo conocimiento, nadie ha respondido a las objeciones *concretas* expuestas

por mí, ni quién viera cómo ingeniárselas para desautorizar las *pruebas* específicas, de texto y de hechos, que respaldan mis puntualizaciones. Pero aquí no voy a abocarme a reiterar o ampliar mis intentos de desenmascarar el carácter fundamentalmente *ilusionista* de planteamientos como los de la "Santa (charla-)Familia" (Rawls, Habermas, Alexy, etc.)[2], la lógica deóntica[3] y en general las formulaciones de las semióticas formalistas[4], el derecho "alternativo", etc. Me propongo "tomar por los astas" *directamente*, esto es, con independencia de lo que al respecto han imaginado esos autores u otros por el estilo, la cuestión de mayor relevancia *práctica* para la actividad cotidiana de los juristas: la pregunta acerca de si, y sobre todo CÓMO, sería posible elaborar menos "celestialmente" las sentencias judiciales *mismas*. Dando un paso más allá de mis críticas anteriores, primordialmente "negativas", voy a presentar unas indicaciones que tienen contenido "positivo", por así decir, para la Metodología del Derecho. Trataré de señalar directa y *específicamente* cuáles podrían ser, a mi juicio, unas vías REALISTAS –por contraposición a aquellas otras, esencialmente ilusionistas[5]– para llevar a cabo el razonamiento jurídico profesional[6].

Claro, lo más probable es que al fin de cuentas no sean muchos, si es que haya alguno, entre los operadores jurídicos que podrían poner tales pautas metodológicas en práctica, quienes efectivamente vayan a proceder así, llegado el caso. Pienso especialmente en los jueces... ¡si *quisieran* hacer tal cosa! Mas contra tal posibilidad obra no solo la circunstancia de que son bien remotas las posibilidades de que *ellos* vayan a leer estudios como el presente, sino algo muchísimo más fundamental: el hecho de que la "gramática" (Wittgenstein) de los juegos de lenguaje que conforman el universo discursivo derecho-*en-la-práctica*, corresponde a unas "formas de vida" cuyo sentido *real* es sobre todo de naturaleza retórico-persuasiva, donde sólo en orden secundario y en formas muy limitadas están llamados a jugar también *algún* papel los insumos de carácter propiamente empírico-racional[7].

Pero el discurso jurídico profesional alberga no pocas inconsistencias en su propio seno, entre las cuales figura también la pretensión de presentarse,

---

[2] V. Haba 1996f, 1997 y 1998.

[3] V. Haba 1996a.

[4] V. Haba 2000.

[5] Aclaración.– Lo que he reprochado, por ejemplo, a "la Santa (charla-)Familia", no es que esos autores señalen tal o cual *ideal* de discurso, sino que los imaginarios practicantes de este sean confundidos con una "universalidad" de locutores de carne y hueso ante situaciones prácticas *reales*.

[6] Hasta ahora, a pesar de tenerlo bastante claro desde tiempo atrás, no había llegado a aclarar eso *concretamente* en mis trabajos ya publicados.

[7] V. Haba 1993, 1995c, 1996e y 1998.

a pesar de todo, como si él constituyera una actividad intelectual de carácter *científico*. También ello forma parte de la *retórica* de este discurso mismo, por más que no concuerda mucho con cómo esos discursos son en verdad[8]. Y semejante pretensión conlleva, de todos modos, la consecuencia de que si hubiera unos operadores de dicho discurso resueltos a tomarse *en serio* lo de la cientificidad, resultaría un tanto difícil prohibirles que lo hagan así (al menos ante casos donde no actúen presiones demasiado fuertes en sentido contrario, sean gremiales o político-sociales, etc., para imponer determinadas soluciones). Dentro del radio de libertad del juez, y *a fortiori* en el de la doctrina, cabe inclusive –¿por qué no?– la posibilidad de apoyarse en una información *científica* acreditada para fundamentar las sentencias. Es cierto que la formación tradicional de los juristas no facilita, ni mucho menos, que ellos posean un *horizonte* intelectual como para estar "abiertos" a conocer y aplicar tal posibilidad[9]. Así y todo, si las pautas metodológicas que señalaré son *adecuadas* y *practicables* para ejercer el oficio de jurista, para resolver casos discutidos en la esfera judicial, no veo por qué no pueda revestir algún interés hacerlas notar, ya que poner el acento precisamente en *ese* camino no es lo más habitual en estudios sobre el razonamiento jurídico[10].

Para que un jurista ponga en práctica tales pautas necesitaría liberarse, antes que nada, de lo que más visceralmente ha introyectado en todos ellos su formación profesional: la "técnica" de confinar el razonamiento sobre el derecho a las exigencias de mutilación intelectual que le impone el *normativismo* jurídico. Si bien la forma más tradicional de éste aparece como superada, hasta cierto punto, en la mayoría de los estudios de Teoría del Derecho[11], no menos real es que, de una u otra manera, dicha orientación básica se mantiene en pie como dogma central de los razonamientos llevados a cabo por los juristas en el ejercicio normal de su profesión. Quiérase o no, el normativismo sigue "vivito y coleando" en la enseñanza proporcionada por las Facultades de Derecho, no menos que en los discursos de los Tribunales de Justicia. De ahí que también a la Teoría del Derecho le caiga como anillo

[8] V. Haba 1993: § III.

[9] El ejemplo ineludible (pero sólo por su inaudito éxito de audiencia) de esa cerrazón mental viene dado por los planteamientos centrales difundidos por el autor que en la actualidad es el propagandista más conocido de la ideología gremial con que se cubre la profesión jurídica: cf. Haba 2001a.

[10] Poco importa si lo que voy a señalar tiene o no tiene alguna originalidad. Lo que me mueve a hacer énfasis en *esas* pautas justamente, es el hecho de que, sea como sea, no transita por *tales* caminos el razonamiento de los juristas prácticos, ni suelen centrarse en ellas la generalidad de los estudios de Teoría del Derecho.

[11] La excepción más notoria, allí, son los simplismos avalados por el *bestseller* a que se refiere la nota 9, *supra*.

al dedo: "Los muertos que vos matáis...". Tampoco una alternativa como la que señalaré aquí puede escapar a ese sino. ¡Al contrario! Pero también es verdad que, a diferencia de las orientaciones más difundidas en dicha Teoría, en todo caso tal modelo no contribuye a cohonestar, ni siquiera por unos atajos de pensamiento *indirectos* (las teorizaciones escapistas de toda laya), el sempiterno normativismo de la profesión jurídica. Por lo demás, como veremos al final, este se traduce hasta en la propia ética del discurso judicial

2. El normativismo de los juristas *(platonicismo juridicista)*

El normativismo jurídico se basa en la aplicación de la "Superstición del Unico Significado Verdadero"[12] a la comprensión, específicamente, de lo que es *derecho*. Para ese normativismo, se trata de encontrar unas normas que de alguna manera se hallan *pre*-establecidas, con toda seguridad y precisión, en los textos del Derecho positivo, o hasta más allá de estos, en un "cielo" de los conceptos[13] (p.e., ciertas "*naturalezas* jurídicas"). Difícilmente sea dable presentar una mejor caracterización sumaria de la actitud intelectual clave en que consiste el normativismo jurídico, que la siguiente:

> "L. O. Thayer escribió (en 1898) sobre "aquel paraíso de los juristas en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en el que los hombres pueden expresar sus intenciones no solo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos""[14].

Esas normas, el jurista piensa que las *descubre* simplemente. Descubre una norma jurídica como se descubre una estrella, solo que en otro lado: una en el firmamento, la otra en unos papeles. No menos ésta que aquella son, para él, algo que "está ahí", no hay más que "verlas"... O más bien, por lo habitual, lo que así se re-conoce es simplemente determinada estrella/norma ya vista antes por unos juristas eminentes que nos lo hacen saber así.

Tal descubrimiento se efectúa por unas vías de pensamiento que nada más consisten –se supone– en un "darse cuenta", mediante la inteligencia profesional, de aquello que la letra dice por sí misma, o de "la voluntad del legislador", o bien, en todo caso, de la "naturaleza jurídica" del instituto en juego, etc.. Cada una de estas cosas, o determinada combinación de ellas,

---

[12] *".... la Superstición del Unico Significado Verdadero* –tal como la ha denominado I. A. Richards–, lo cual puede tener consecuencias en cualquier campo del saber, y es fatal para cualquier pretensión de adelanto en el campo de la ética" [e igualmente en el del razonamiento jurídico] (Ch. L. Stevenson, *Etica y lenguaje*, trad. E. A. Rabosi, Bs. As., 1971: 86).

[13] Véase el clásico de Rudolf von Jhering, *Broma y veras en la Jurisprudencia*: Parte III.

[14] Transcrito en J. Frank, *Law and the Modern Mind,* Gloucester (Mass.), 1970 (ed. or. 1930): 202, nota 19.

no puede implicar –se supone– más que *una sola* respuesta verdaderamente "correcta" para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable. En esta óptica, una vez que llego a conocer bien esas normas, ya sé todo lo que tenía que saber, en cuanto a lo "propiamente" *jurídico*. Como jurista, mi mundo intelectual se agota en saber desarrollar un pensamiento de orden pura y simplemente *hermenéutico*-intelectual respecto a normas cuyo contenido y alcance estaría *ya* fijado de antemano.

Así, el normativismo de los juristas impone una doble reducción del conocimiento, deformación profesional que amputa de antemano los posibles contactos entre pensamiento jurídico y realidad. **a)** Los normativistas reducen su conciencia, cuando pronuncian los discursos jurídicos al mero nivel de ciertos significados, en sí y por sí *mismos*, de unos juegos lingüísticos profesionales. Con ello se hace abstracción, completamente o poco menos, de las dimensiones prácticas de ese lenguaje: el normativista no se detiene a examinar qué repercusiones su discurso pueda tener (¡o no!) *en los hechos*. **b)** Incluso respecto a esos juegos de significados como tales, los normativistas tienen una visión simplista y en buena medida *ficticia*, pues no solo omiten plantear las indeterminaciones y antinomias que presentan las leyes y otros textos del Derecho positivo, sino que más bien contribuyen a encubrirlas mediante sus modos (dogmática, etc.) de exponer la normativa jurídica: "mito básico"[15], "naturalezas" jurídicas y esencialismo en general[16], etcétera.

La impronta normativista en la formación profesional de los juristas hace que lo ahí enseñado consista, primordialmente, en repertorios conformados por la letra de unos preceptos del derecho positivo y las paráfrasis de estos ofrecidas en textos de estudio, a veces ampliadas mediante ciertas sutilezas dogmáticas. Ya lo decía Vaz Ferreira:

> "Tienden también los estudios jurídicos a hacer espíritus formalistas y a *sacarlos de la realidad*; a formar mentalidades acostumbradas a dar una importancia inmensa a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones, a las deducciones... Otra característica del estado mental que tan fácilmente se produce en los abogados, consiste en un respeto excesivo a las fórmulas hechas, a las prescripciones de los Códigos, como si no fueran dictadas por *hombres*"[17].

Eso confina dicha enseñanza a la dimensión *semántica*, o poco menos. Mejor dicho, a *unas* entre sus posibles semánticas, al *tipo* de "lectura" (en-

---

[15] *Basic Legal Myth*: cf. el sensacional libro de Frank señalado en la nota anterior.

[16] V. Haba 2001c (Sec. B.II.3) y 2002 (Primera Parte: Sec. C.I.2).

[17] C. Vaz Fereira, *Moral para intelectuales*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III, Montevideo, 1963 (ed. or. 1909): 69 s. Recuérdese asimismo las palabras de ese autor recogidas como encabezamiento del presente estudio, tomadas de su *Lógica viva*, Homenaje..., vol. IV, 1963 (ed. or. 1910): 145.

tendimiento, manejo discursivo) de que tales textos son objeto cuando se invocan en el lenguaje propio de los profesionales del derecho; un sociólogo, por ejemplo, los "leería" de otra manera. Queda fuera de foco la otra dimensión de esos mismos juegos lingüísticos, los planos de su *pragmática*: las "formas de vida" (Wittgenstein) que conllevan, según los casos, las semánticas en cuestión.

En efecto, el normativismo consiste en *NO* ir "más allá" del nivel semántico de unas normas, contentándose con aprehenderlas en ciertos planos de ellas que son *acríticos* por excelencia. El normativismo de los juristas les angosta la visión del mundo en forma tal que su conciencia social queda encogida, por lo menos mientras el pensamiento permanece dentro de *ese* plano, a lo que formulen los preceptos oficiales y sus versiones dogmáticas. Su mundo ("cielo") es, simplemente, el de unos *textos* normativos. Para él se trata, en primer término y en último término, de lo que en estos se *dice*. *NO* se ocupa, ni poco ni mucho, de lo que con ellos se *HACE* (si es que algo se hace...).

* * *

Por más que haya tal o cual discurso, jurídico u otro, esto puede ser intrascendente en la práctica. También puede que esta última, aun invocando dicho discurso en todo o en parte, lo emplee para hacer cosas distintas de lo que sus locutores originarios (p.e., unos legisladores) se imaginaron. Al olvidar que las cuestiones prácticas no se resuelven con simplemente *decir* esto o aquello, ni aunque sea por escrito y con la unción del sello "derecho"– se cae en una miopía muy extendida, no solo entre juristas, a la que se puede llamar: *platonismo* (o *fetichismo*) *de las reglas*[18] . Tal tendencia está anclada, a su vez, en unas características más generales del pensamiento humano corriente: "magia verbal", *wishful thinking*, etc.[19].

El platonismo de las reglas es un espejismo a que el jurista tiende en forma típica. Constituye, podría decirse, como una "enfermedad profesional de nuestro gremio" (Carrió)[20], si bien creencias análogas son comunes también

---

[18] La expresión "platonismo de las reglas" (*Regel-Platonismus*) es de H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort, 1973: 195. Frank se refiere con más detenimiento al mismo fenómeno, para el cual usa, entre otras calificaciones, la de *rule-fetichism*, o.c. (*supra*: nota 14): 165 y Apéndice II; en el libro de ese autor, véase los caps. VI a IX de la Primera parte, esp. los sitios que en el Index (403 s.) aparecen señalados bajo las rúbricas *platonism* y *word-magic*.

[19] V. Haba 2003b: § 12.

[20] Dicho autor se refirió, con esas palabras, especialmente "a la proclividad a pesquisar la llamada "naturaleza jurídica" de una institución, de un hecho o de una relación que preocupa a los juristas, y a la facilidad con que estos entran en polémicas sobre el punto" (G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*,. Bs. As., 1965: 73).

fuera de él mismo: en las ideas políticas vulgares, en los parlamentos, en la dirigencia de instituciones públicas, etcétera. El normativismo jurídico es un hijo dilecto de ese platonismo. En efecto, ni más ni menos que un PLATONICISMO JURIDICISTA vienen a ser todas aquellas disquisiciones y discusiones sobre lo que "dicen" unos preceptos o principios, de cualquier sector del Derecho, cuando son llevadas adelante –como corrientemente sucede en la dogmática– con entera abstracción de fijarse en las posibilidades y en las consecuencias *reales* que esas normas, entendidas de determinada manera, puedan tener si llegan a ser aplicadas de tal manera en la práctica. Eso hace que, por lo general, lo más importante de todo no sea llamado a la cita: no forma parte del razonamiento "jurídico" lo de saber si en verdad están dadas las condiciones para que las normas en cuestión *puedan* realizarse como apriorísticamente se está dando por descontado. Se deja completamente fuera de foco *cómo* tales normas sean aplicadas de hecho en las condiciones sociales presentes. Se habla, y a menudo se discute, sobre ciertos preceptos jurídicos o unas figuras de la dogmática, sin preguntarse quiénes y de *qué* maneras podrán hacerlas cumplir en la práctica, a qué sectores sociales les serán aplicadas realmente, qué consecuencias microsociales o macrosociales se seguirán (¡o no!) de ello, etc. El normativismo es, por excelencia, el enclaustramiento *extra*empírico del pensamiento jurídico profesional.

En semejante hacer "rancho aparte" respecto a la dimensión practica de las normas invocadas reside la ceguera capital de todo platonismo de las reglas. Amparado en este, la dogmática jurídica se dedica a librar señeras lides (semánticas) en las que "resuelve", con solo dictar unas reglas o interpretarlas de cierta manera, los asuntos que sea. El jurista dogmático se queda muy orondo en ese "*cielo* de los conceptos jurídicos"... ¡pase lo que pase en la "tierra"![21].

* * *

Dicho platonicismo se hace presente en dos fases. Por un lado, cuando se preparan proyectos de ley o reglamentos, a menudo los autores presuponen, implícitamente, que basta con establecer determinado cuerpo de normas, que ellos estiman las mejores, para que así, sin más, pasen a hacerse realidad ciertos objetivos perseguidos al legislarlas. Dan por descontado que también *en la práctica* se actuará conforme a tales normas y de acuerdo con dichos objetivos. Es, dicho sea de una manera gráfica, imaginarse que los preceptos tienen "patitas": que esas reglas son capaces de "caminar" *por sí solas,* y que lo harán ni más ni menos que según lo deseado por sus autores. Por otro lado,

[21] *Supra*: nota 13.

ya ante cuerpos normativos en vigencia, se tiende a pensar respecto a ellos como si se tratara de un mundo *per se*; algo así como un *topos uranos* conformado según las ideas jurídicas establecidas en (aquellas que se imputan a) las disposiciones jurídicas.

Así, lo que los normativistas logran, más allá de que tal sea o no su propósito conscientemente, es desviar la atención de aquellos factores más decisivos para determinar la manera *real* como el Derecho está en condiciones de incidir, o no, en la resolución de esos asuntos. Nadie –¡tampoco la Sala Constitucional!– puede "leer" eso en el texto de las leyes o en la Constitución, ni en los eufemismos de la dogmática profesional. Las aplicaciones posibles de esos textos dependen de otras cosas: de la ideología y en general de la mentalidad que obre en la "cabeza" de aquellas personas que funcionan como sus intérpretes autorizados, en amalgama con variadas condiciones de la madeja social; en una palabra, todo aquello sobre lo cual NO habla la enseñanza normativista. Si se hace abstracción de esos otros elementos, el *fuera-del-texto* (Debray[22]), entonces los textos del Derecho positivo –y *a fortiori* los de la dogmática jurídica– no sirven para saber gran cosa, en los casos discutidos por los juristas. Los textos *solos* ilustra poco, tanto para conocer como para impulsar la *práctica* del Derecho.

Es cierto que, en cuanto a esta práctica, no deja de haber renglones donde puede tener su importancia, a veces decisiva, la conciencia que los actores hayan adquirido sobre la existencia y lo que dicen *esos* textos justamente. Para un entendimiento *realista* sobre el derecho, tampoco es cuestión de caer en otro error, paralelo al del normativismo, y no mucho menos irrealista que este: tomar muy poco, o nada, en cuenta la normativa oficial promulgada por el Estado. Aunque no todo el espectro de lo que se edita como Derecho *positivo*, ni cada precepto tomado en particular, es algo que se aplica siempre, ni siempre es aplicado de la misma manera, es innegable que buena parte de la letra de ese Derecho y unas conceptualizaciones consagradas en la dogmática profesional de los juristas llegan a constituir, efectivamente, *un* "momento" de la dinámica real en la vida jurídica.

No es cuestión de calificar a los profesionales del derecho como "normativistas", en el sentido apuntado, porque se ocupen de normas jurídicas... ¡sino por la *manera* como lo hacen! Reconozco que ellas juegan un papel ciertamente importante dentro del razonamiento jurídico en general. La equivocación del normativismo no reside en el hecho de tomar en cuenta tal "momento", la dimensión semántica de las normas jurídicas, sino en: a) hipostasiarlo; y b) desgajarlo completamente de los otros "momentos" –variantes ideológi-

[22] R. Debray, *Crítica de la razón política* (trad. –con muchos defectos– Pilar Calvo), Madrid, 1983: 105.

co-interpretativas, condiciones socio-económicas y políticas, preferencias del intérprete, etc.– que le impartirán sus direcciones *concretas* a esas normas.

3. Realismo jurídico como alternativa: orientación realista-crítica *(generalidades)*

El propugnar una aproximación de índole *realista-crítica* respecto al derecho significa enfocar las cosas en forma muy distinta de las maneras como acostumbran a razonar los abogados, los jueces, los profesores en las distintas ramas del derecho positivo, etcétera.

¿Por qué, y en qué sentido, **realista**? A diferencia de la doctrina jurídica corriente, el realismo jurídico deja de lado toda "celestialidad" dogmático-esencialista. Encara las normas jurídicas tal y como ellas son realmente, esto es, reconociendo sus indeterminaciones lingüísticas, en la medida en que estas se dan en el *uso* mismo de esos discursos, y además toma decisivamente en cuenta los *resultados efectivos* que cada norma tiene o no tiene –pragmática lingüística– en la realidad social. Las tendencias realistas comparten, en general, tres ideas fundamentales (habitualmente pasadas por alto en los discursos de los juristas), a saber:

> "la insistencia sobre el abismo que existe entre la norma jurídica como esta aparece en los textos y lo que es en la realidad; una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos; y una conciencia de la naturaleza creadora de la función judicial" (Pekelis)[23].

Digo además que esta es una aproximación **crítica** ya que, en virtud de ese mismo realismo, un enfoque de tal naturaleza no puede menos que resultar especialmente subversivo respecto a las formas de "ver" más comunes en la doctrina jurídica profesional. (Lo es asimismo frente a los variados tipos de orientaciones ilusionistas que llevan la voz cantante en la Teoría del Derecho: constructivismos racionalistas o "razonabilistas", lógica deóntica, semióticas formalistas, teorías del derecho "progresistas", etc.) El impulso *crítico*, en el sentido exigente de esta palabra, es decir, no en la acepción vulgar de aludir a un mero gusto o manía de "criticarlo" todo, consiste esencialmente en una ACTITUD (dirección) fundamental adoptada por la INTELIGENCIA. Entiendo que es adecuado caracterizarla señalando respecto a ella, en general, lo que Waismann destacó especialmente respecto al pensamiento filosófico:

---

[23] A. H. Pekelis, "La tecla para una ciencia jurídica estimativa" (trad. R. Sandoval); en Cairns/Hall/Cowan/Pekelis/Frank/Patterson/Kelsen/Chroust, *El actual pensamiento norteamericano*, Bs. As., 1951: 121 s.

> "es atravesar esa costra muerta de la tradición y lo convencional, romper las cadenas que nos unen a preconcepciones heredadas, para lograr un modo nuevo y más amplio de ver las cosas"[24].

Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para la sociología "cazadora de mitos" (Elias) y en general para el pensamiento innovador en todas las ciencias. Igualmente, también por lo que hace al pensamiento jurídico es muy cierto que, como subrayó Bachelard:

> "El espíritu científico sólo puede constituirse *destruyendo* [¡crítica!] el espíritu *no* científico [p.e., normativismo]"[25].

Esta observación, que dicho autor refería a lo que el llamó "ruptura epistemológica", se corresponde, de manera más general, con lo que Albert denomina el pensamiento de tipo "constructivo-crítico"[26]. Tipo de pensamiento que por eso mismo, por ser "crítico" en *ese* sentido, naturalmente provoca malestar en la inmensa mayoría de quienes se mueven al amparo del *establishment* académico. Es inevitable que la crítica *a fondo* choque con la inercia mental de la mayoría de los científicos de la propia disciplina, como así también con múltiples trabas burocrático-institucionales en general (movidas o no por algunos de esos mismos científicos)[27].

"Realismo " y "crítica" son, si bien se mira, dos caras de una misma moneda. Una visión realista sobre los *discursos* jurídicos suele llevar a ubicarse críticamente asimismo respecto a la *realidad* del derecho, a no apartar para nada la vista de cómo es esta *misma*. Los enfoques realistas-críticos no pueden desentenderse de considerar si las normas jurídicas en cuestión, vale decir, unas u otras interpretaciones de estas, de veras *sirven* con vistas a alcanzar los objetivos sociales a los que se supone dirigida esa regulación; problemática frente a la cual, en cambio, tanto el pensamiento jurídico corriente como las corrientes dominantes en la Teoría del Derecho se conforman con refugiarse cada cual en su "cielo" propio.

> "... la construcción del conocimiento sólo es posible como crítica a las ideas *recibidas*. (...) Conocer significa lucha crítica con las ideas *subsistentes*" (O. Bollnow, *Introducción a la filosofía del conocimiento*, trad. W. Kemp,. Bs, As., 1976: 111 s.).

---

[24] F. Waismann, "Mi perspectiva de la filosofía"; en A. J. Ayer (Ed.), *El positivismo lógico*, Madrid, 1978: 378 s.

[25] G. Bachelard, *La filosofía del no* (trad. N. Fiorito de Labrune), Bs. As., 1973: 11.

[26] H. Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Tubinga, 1978: 59.

[27] Para mencionar un ejemplo que conozco del modo más directo: todas las puertas del *establishment* iusacadémico en España (y también otras en Francia), con la solitaria excepción de *Doxa*, me fueron cerradas para publicar una crítica *sin contemplaciones* a las simplezas del Sr. Dworkin: Haba 2001a.

"Los grupos con pensamiento científico son, en principio, grupos que critican o rechazan las ideas colectivas dominantes en una sociedad, aunque [éstas] se apoyen en autoridades reconocidas, porque [aquellos] han comprobado, a partir de investigaciones concretas y sistemáticas, que esas ideas colectivas no se corresponden con los hechos observables. *Los científicos, con otras palabras, son cazadores de mitos*; se esfuerzan por sustituir imágenes de secuencias factuales, mitos, creencias y especulaciones metafísicas, no comprobables sobre la base de la observación de hechos, por teorías, es decir, modelos de interrelaciones susceptibles de *control, comprobación y corrección* mediante observaciones de *hechos*. (...) [Pero] tanto dentro como fuera del grupo de los científicos especializados existe con mucha frecuencia inclinación a transformar las teorías científicas en sistemas de creencias [dogmáticas]. Se procede a ampliaciones [hipostasiamientos, falsas generalizaciones, esencialismos, *wishful thinking*, etc.] o a utilizaciones de esas teorías de un modo que no [se] justifica [por] la ulterior observación, guiada por la teoría [no ilusionista], de los hechos" (N. Elias, *Sociología fundamental*, trad. G. Muñoz, Barcelona, 1982: 62 s.).

* * *

No es que por tratar de manera realista-crítica las cuestiones jurídicas se pretenda decir que no hay *normas* de derecho positivo, ni sostener que por lo general carecen de importancia práctica. Al contrario, para ser verdaderamente *realista* en este terreno, hay que empezar por reconocer que tanto en la actividad del jurista profesional como en las conductas sociales en general, las normas en que se cree llegan a tener influencias considerables[28]. Tales normas intervienen como unas guías –no guías herméticas, per o guías al fin– de nuestra conducta. Es inimaginable una sociedad moderna, ni tampoco las antiguas, sin que haya ahí ciertos "programas" que están (más o menos) en la "cabeza" de la gente, especialmente en las de los juristas, para que los individuos sepan (más o menos) cómo actuar en distintas circunstancias. [En qué medida unas personas, pocas o muchas, vayan o no a seguir estrictamente las indicaciones de esos programas, pero también la cuestión de saber cuándo tales indicaciones son bastante precisas: ¡eso es otro asunto!] La presencia necesariamente de tales programas, ya sean más o sean menos elásticos, en relación con numerosas especies de actividades, está más allá de toda duda; si ellos faltaran del todo, nadie sabría, ni siquiera aproximadamente, a qué atenerse en gran parte de las relaciones con sus semejantes

[28] Recuérdese lo que en sociología se conoce, desde 1931, como *Teorema de Thomas*: "Si los hombres definen [se imaginan] las situaciones *como* reales, estas *son* reales en sus consecuencias". Téngase presente también que las normas jurídicas forman parte precisamente de aquella "construcción" social de la realidad que en la mente humana interviene como un factor determinante de sus conductas. Cf. P. Berger / T. Luckmann, *La construcción social de la realidad* (trad. S. Zuleta, rev. técn. M. Giménez Zapiola), Bs. As., 1968: esp. §§ II.1.e y II.2.c.

Y lo de "realista-crítico" tampoco significa proponer que una investigación de tipo jurídico deba ser más o menos lo mismo que las investigaciones en otras ciencias sociales. Por ejemplo, no será igual que una investigación propiamente sociológica sobre el derecho, la cual consista en describir pautas habituales de conducta en relación con cierta esfera del derecho. No es lo mismo una forma frecuente de conductas, seguida de hecho, lo investigado ahí por el sociólogo, que el programa *jurídico* que se tiene en la cabeza –aunque fuere para violarlo o para cumplirlo de maneras distintas– al realizar esas conductas. Es en esto último, el "programa", sobre lo que ha de centrarse una investigación de tipo jurídico; aunque sea, si cabe, para poder tener en cuenta en qué medida y por qué *no* se cumple cabalmente con las instrucciones de aquel, a pesar de haberse considerado deseable su acatamiento al establecerlo. El "programa" ayuda a explicar mucho, aunque no todo, de las conductas que se relacionan con el *derecho*, inclusive de unas que en mayor o menor medida tienden a desligarse de él. Sí, también lo que se *piensa* como derecho positivo constituye *un* factor –entre otros– de la *realidad* jurídica misma.

Pero si bien los exámenes de tipo realista-crítico no desestiman la influencia de las normas jurídicas, inclusive la manera cómo estas sean "vistas" por la doctrina del derecho, ellos tampoco *sobre*stiman *eso*... "¡ahí está el detalle!". En esto último reside la diferencia esencial con los enfoques más corrientes al respecto. Los realistas no se hacen ilusiones míticas sobre las normas: no sólo en cuanto a que éstas se hallen simplemente "contenidas" en los textos del derecho positivo, tampoco sobre la posibilidad de inferirlas de algún cielo discursivo de racionalidades o razonabilidades. Tienen bien claro que no hay, ni puede haber, *método* alguno –ni científico, ni "razonable", ni "dialéctico" o de la Razón "comunicativa" o como mejor quiera llamársele– para deducir *un* sentido solo, o *el* "mejor", etc., respecto a las normas cuyo significado se discute en la *práctica*. La decisión sobre cómo entender los textos de derecho no depende, pues, de estos en sí mismos sino de *otras* cosas, sean cuales fueren, en atención a las cuales el intérprete OPTA. Tal opción él la realiza bajo influencias de orden social, psicológico-personales, académico-intelectuales, etc.: todo un mundo de factores que son no menos DECISIVOS que VARIABLES para determinar tanto lo que el derecho "dice", según unos u otros intérpretes, como así también lo que él venga a ser en los hechos. Respecto a *ese* mundo –la *tierra*, decía Jhering– el discurso jurídico corriente se dedica a hacer *mutis por el foro*... (y buena parte de la Teoría del Derecho, a disputar sobre jerigonzas acerca de cómo mejor mirar hacia las nubes). Por el contrario, la aproximación realista-crítica se encara con el discurso jurídico para aprehenderlo y para manejarlo con vistas a cómo este funcione EN LA PRÁCTICA.

4. Punto de partida metodológico: dos presupuestos básicos
(la necesidad de optar)

El realista reconoce, sin disimulaciones y también sin recurrir a unos eufemismos "técnicos" para decirlo más diplomáticamente, el hecho básico de que a menudo los textos jurídicos cabe entenderlos de maneras *distintas*, ninguna de las cuales es ni más ni más ni menos "correcta" que las demás; mas tampoco afirma que esto sea así en todos los casos. Cuando en la discusión sobre el sentido de un texto jurídico se manejan, por ejemplo, solo dos interpretaciones, entonces el texto no tiene, *en realidad*, un solo sentido; tiene por lo menos dos, en ese medio (si bien es posible, siempre, concebir otras interpretaciones aún, podemos prescindir de ellas en la práctica). Tales significados no dependen, en sí mismos, de la voluntad del locutor, cualquiera sea el sentido preferido por él mismo: aquellos *están ahí*, en dicho medio. La pregunta crucial es: ¿qué haré yo, como jurista llamado a aplicar (o no) dicha disposición, ante esos dos sentidos, ya que no puedo aplicar ambos a la vez? Pues bien, la orientación realista-crítica tampoco deja completamente abandonado a su suerte al jurista en esa encrucijada. Ella le suministra, de todas maneras, algunas indicaciones capaces de orientarlo al respecto, justamente para que él no pueda evadir su responsabilidad con excusas como las ofrecidas por los mitos sobre la existencia del *único* significado jurídico "correcto", o *el* "mejor", etc. Esas indicaciones parten de dos presupuestos *sine qua non*:

Primer presupuesto.– Dicha orientación comienza por advertirle al jurista, antes que nada, eso que no me cansaré de repetir: " Comprenda que no hay Dios, ni "letra", ni "espíritu de la ley" o "voluntad del legislador", ni modelo ideal de "racionalidad" (dialogal o no dialogal), ni ninguna otra cosa, que le vayan a resolver ese problema en lugar suyo. ¡Decide USTED, no busque disimular este HECHO!". El intérprete del derecho puede someterse a cualquiera de dichas "cosas", o inspirarse en otras figuras de su dogmática profesional; pero aun así, al inclinarse ante *una* de esas instancias, no es otro que él mismo quien ha *decidido* tomar justamente *esta* como criterio de resolución.

Segundo presupuesto.– Ahora que, si bien el intérprete no puede salvarse de tomar ahí una decisión PROPIA, no menos cierto es que puede someter su decisión a unas *u* otras formas de proceder. Puede decidir con base en una toma de posición *razonada*, lo más científica y autoconsciente posible, etc. O bien, en cambio, puede decidir a "pálpito", o algo por el estilo. O puede limitarse a seguir una línea de soluciones acostumbrada, sin reflexionar mayormente sobre ella, ya sea la de determinada jurisprudencia o la doctrina que le enseñaron a acatar ciertos profesores prestigiosos. O, también, puede decidir en función de unas presiones sociales, o directamente personales, a

que se encuentre sometido. Etcétera... ¡Hay *maneras* y *maneras* de elegir! De ahí que la aproximación realista-crítica no se limite simplemente a subrayar el carácter optativo de toda interpretación jurídica, sino que pone al jurista ante su propia responsabilidad asimismo en cuanto a lo siguiente: "Sepa también que usted *puede*, si es que *quiere* (aunque nada ni nadie le "obliga" a hacerlo así), decidir las cuestiones jurídicas de otra manera que la mayoría de sus colegas, si es que usted, a diferencia de ellos, entre las opciones interpretativas viables procede a elegir con base en recursos que ofrece el pensamiento de orientación *empírico*-racional". Esto significa resolver siguiendo determinadas vías de examen que, sin perjuicio de mantenerse dentro de unos marcos que son *específicamente* jurídicos, al mismo tiempo ellas son implacablemente realistas e insobornablemente críticas.

Dichas vías pueden consistir, *heurísticamente*[29], en una secuencia de cuatro "momentos". Se trataría, a mi juicio, de los pasos siguientes: **1)** se empieza por trazar un cuadro de las interpretaciones j*urídicas* que en el presente sean *posibles*, de acuerdo con doctrinas jurídicas de recibo entre los juristas del medio, para los preceptos de derecho positivo traídos a colación [momento lingüístico-dogmático]; **2)** a continuación, se procede a reconstruir el discurso de los preceptos de derecho invocados y de dichas doctrinas, para hacerlo lo más transparente posible, esto es, sacando a luz la verdadera "gramática" de esos juegos lingüísticos y sobre todo haciendo ver sus principales "trampas" (indeterminaciones fundamentales, precomprensiones no tematizadas pero decisivas, alternativas ideológicas, alcances persuasivo-emocionales, etc.) [momento analítico-crítico]; **3)** después habrá que detenerse a delimitar con precisión la finalidad que el intérprete señale (decida) como *objetivo* práctico de esos preceptos, entre las jurídicamente posibles (de acuerdo con ideologías aceptadas) en su medio social para los preceptos invocados [momento axiológico-teleológico]; **4)** finalmente, relacionando entre sí los tres pasos anteriores, corresponde *escoger*, de lo reconocido en (1) y (2), aquella interpretación que sirva como el *medio* más eficaz para que el objetivo (3) pueda ser verdaderamente realizado *en la práctica* [momento empírico-instrumental] .

5. Paso inicial: lingüístico-dogmático *(el "marco" o "partitura" jurídico-positivos)*

La contestación *jurídica* acerca de una cuestión no es una respuesta libre. No lo es, pues se entiende que ésta ha de corresponder ni más ni menos que a unos juegos de lenguaje que constituyen determinado universo discursivo,

[29] Esto es, no se trata de una metodología de tipo positivo-estandarizante sino esencialmente de carácter heurístico-negativo: v. Haba 1997 (§ I), y 2000 (Parte II).

alguna de las específicas "gramáticas" (Wittgenstein) de la *región* lingüística llamada *derecho*. Esos juegos son los *dogmas*, las bases convencionales a que está sometida la posibilidad de "hablar" en el idioma-derecho. Ellos conforman el "marco" normativo (Kelsen)[30], la "partitura" (Frank)[31], *dentro* de cuyos límites opta el jurista para dar *esa* clase de contestación, mientras este no evada su condición de tal.

Dicho universo lingüístico contiene básicamente tres órdenes de discursos en interacción: letra del derecho positivo, jurisprudencia, postulados doctrinarios; y también penetran ahí, desde luego, las ideologías generales suprajurídicas ("universos simbólicos"[32]) vinculadas íntimamente con ellos. Como todo eso da lugar, en numerosas situaciones, a interpretaciones divergentes, resulta que el marco en cuestión está conformado, para cada caso o tipo de casos, por aquellas respuestas que al respecto sean de recibo en el gremio de los juristas; esto es, tanto las que aceptan unos como las que aceptan otros, por más que ellas resulten relativamente contradictorias entre sí.

Para buscar una respuesta de *derecho* (positivo) es indispensable, pues, empezar por reconocer ese marco en lo pertinente, detectar qué respuestas a la cuestión planteada *caben* en su interior. No se trata simplemente de buscar una solución que pueda resultar *conveniente*, útil desde algún punto de vista. Ella ha de estar en condiciones, primero que todo, de corresponder al lenguaje-*derecho* según es entendido de acuerdo con la conciencia lingüística jurídico-profesional del medio, ya sea por todos o parte de los especialistas en esta disciplina. La enseñanza universitaria del derecho consiste ni más ni menos que en eso: aprender a usar tal lenguaje *especializado* de la manera como esto se hace en el gremio de los juristas, o sea, proporcionar las habilidades lingüísticas necesarias para manejar profesionalmente los repertorios de *topoi* que constituyen los "dogmas" del universo-derecho. Por más encomiable que, desde algún punto de vista, sea una solución a determinado problema, tal solución no puede solicitarse *jurídicamente*, esto es, ante los tribunales o en general a las autoridades estatales, si ella no es susceptible de responder a lo que se reconoce como establecido en el universo lingüístico del derecho positivo vigente. Mas esos *topoi* no sólo son múltiples y variados, sino que incluso llegan a contradecirse entre sí: no configuran un "sistema" propiamente dicho, sino que brindan, llegado el caso, la posibilidad de elegir entre distintas *opciones* a los intérpretes de las leyes u otras disposiciones jurídicas[33]

---

[30] Cf. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. R. J. Vernengo), México, 1982: 351 s.

[31] Cf. J. Frank, "Palabras y Música " (trad. R. J. Vernengo), en *El actual pensamiento norteamericano* (o.c. *supra*: nota 23).

[32] Cf. Berger/Luckmann, o.c. (*supra*: nota 28).

[33] V. Haba 1972 y 2003b (esp. § 21, caps. VII y IX).

En síntesis.– El primer paso propio de todo discurso *jurídico* es "ubicarse" *en* el derecho, vale decir, re-conocer las respuestas alternativas que caben *dentro* de él, de acuerdo con las costumbres lingüísticas manejadas al respecto en el gremio de los juristas. En otras palabras, es saber distinguir las respuestas jurídicas *posibles*, en un entorno histórico-social dado, de las que no lo son ya o de las que no lo son aún; todo ello en función de los márgenes que se toleren dentro de la conciencia jurídico-lingüística vigente *en la práctica.* Una vez reconocidas esas respuestas para el punto en discusión, el locutor *jurídico*, si actúa como tal, no tiene más remedio que optar entre *estas* mismas nada más, sea o no que haya otras posibilidades preferibles desde *otros* puntos de vista (religiosos, morales, políticos, utilitarios, etc., siempre que estos no sean reconocidos como parte también del propio universo-derecho). Los tres pasos que siguen consisten en requisitos para efectuar una elección *racional* entre esas respuestas posibles.

> *Acotación.*– Lo dicho no implica negar que también en muchos casos hay textos del derecho que se entienden de ciertas maneras que nadie discute. No pretendo afirmar que *todo* en el derecho sea discrepancias; en tal caso se viviría en un completo caos, ninguna sociedad puede resistir más que *ciertos* grados de incertidumbre sobre lo establecido como normas oficiales de convivencia. Existen numerosas disposiciones jurídicas que, sea por las razones que fuere, aparecen como indiscutibles en todo o en partes sustanciales de su contenido preceptivo, por lo menos durante un tiempo. Respecto a las disposiciones que *de hecho* se entienden uniformemente, y mientras ello sea así (esto puede cambiar ante nuevas situaciones o por influencias de ideologías sociales), bien puede decirse que los textos jurídicos respectivos son "claros", que su sentido no admite dudas. Las incertidumbres que importan son aquellas que se dan en la práctica *misma* del derecho: por ejemplo, cuando lo que se discute es justamente la "claridad" de cierta disposición [Haba 2003b: § 40] y en general cuando se trata de conceptos jurídicos muy indeterminados [Haba 2003b: cap. VII].

6. Segundo paso: analítico-crítico *("higienización" del discurso jurídico)*

El momento anterior habrá permitido poner netamente sobre el tapete las alternativas de solución jurídica posibles, de acuerdo con el Derecho positivo considerado, como es entendido en la actualidad. Pero no pocas veces resulta que incluso las doctrinas invocadas contienen, a su vez, sus propias nociones indeterminadas. Es posible que también esas alternativas mismas, ya sea todas o algunas, no estén presentadas de modo suficientemente preciso. Aun ellas pueden acaso admitir, respectivamente, más de una interpretación concreta, por aparecer formuladas mediante unos giros lingüísticos (p.e.: "dignidad" , "soberanía", "justo precio", "razonable", etc.) que dificulten saber a ciencia cierta si tales o cuales conclusiones prácticas se desprenden *necesariamente* de ellas *mismas*.

Esa indeterminación de segundo grado, por así decir, no es inusual. Nada tiene de extraño, habida cuenta de que los discursos jurídicos –no solo los textos legales, sino inclusive las opiniones doctrinarias invocadas para interpretarlos– suelen recoger buena parte de las indeterminaciones propias del lenguaje corriente y también plegarse a sus ingenuidades ("trampas") más corrientes. A menudo ellos contienen unos giros básicamente *retóricos*, sin que estas características propias del lenguaje vulgar sean advertidas, como tales, por sus locutores profesionales. Si no se empieza por tomar el cuidado de que inclusive dichas interpretaciones sean debidamente "higienizadas", esto es, sacar a luz sus indeterminaciones claves y efectos emocionalizantes que las inmunizan contra todo cuestionamiento propiamente *racional*, no será posible manejarlas para niveles de examen *científico-empíricos*, de la manera requerida por los dos pasos siguientes, sobre todo el cuarto. De ahí que no pocas veces resultará indispensable "traducir" las alternativas presentadas a un lenguaje más preciso, reformulándolas de modo que tales o cuales de sus propias nociones claves ya no resulten susceptibles de ser manipuladas *a piacere* por unos o u otros locutores jurídicos.

Quiere decir que es necesario empezar por *reconstruir* el planteamiento de cada interpretación jurídica presente, en lo indispensable para determinar a ciencia cierta cuáles son *específicamente* las soluciones PRÁCTICAS que cada una implica. Para ello habrá que re-formularlas en un lenguaje netamente *intersubjetivo* y de inequívoca referencia *empírica*. El jurista realista tendrá que abocarse, antes de seguir adelante, a des-enredar unos "nudos" típicos como los siguientes (entre otros), en los discursos jurídicos presentes: distinguir netamente entre cuestiones de palabras y cuestiones de hechos (p.e., poner de manifiesto lo que son unas meras disputas sobre clasificaciones); diferenciar entre cuestiones explicativas y cuestiones normativas (como así también, de manera todavía más general, entre asuntos de "es" y de "debe": desacuerdos valorativos encubiertos, etc.); no dejarse marear por falacias verbo-ideológicas (pero tampoco caer en el extremo opuesto: falsa precisión), aclarar conceptos jurídicos indeterminados y desenmascarar fórmulas vacías pseudonormativas; no sucumbir a la magia verbal y, en general, arrancar del "cielo" los planteamientos de orden esencialista (p.e., "naturalezas" jurídicas" o los discursos extrapragmáticos sobre "derechos humanos"), etc. etc. .... [34].

[34] Respecto a cada uno de esos puntos, v. Haba 2003b: caps. II (esp. §§ 11-13) y VII (esp. § 62). V. también Haba 2001c (Sec. D.I.3: sobre "naturalezas jurídicas") y 2003a (sobre "derechos humanos").

Este "momento" responde, pues, a una dirección que esencialmente es de carácter discursivo-analítico y crítico-racional[35]. ANALÍTICO: en cuanto "desmenuza" (por así decir) las interpretaciones doctrinarias presentes, sacando a luz unas indeterminaciones claves que afectan básicamente la posibilidad de discernir en forma intersubjetiva a qué apunta *en la práctica* la formulación lingüística examinada. CRÍTICO: porque ese examen sirve para poner de manifiesto, a la vez, unos *vicios de pensamiento* –variadas falacias implícitas– que suelen "montarse" (por así decir) en confusiones típicas que dominan en el entendimiento lingüístico vulgar, de donde suelen ser incorporadas sin más a variadas formulaciones jurídicas.

7. Tercer paso: axiológico-teleológico *(delimitación del objetivo práctico)*

Una vez determinadas *netamente*, en relación con la cuestión discutida, las respuestas jurídicas posibles de acuerdo con el Derecho positivo (los dos momentos anteriores), no hay otra salida, si nos mantenemos dentro de él mismo, que elegir entre ellas. Cualquiera sea la escogida, esta regulación ocasionará, al aplicarla en la práctica, ciertas consecuencias de hecho, para muchas o pocas personas. Por eso, si a diferencia del jurista dogmático no se razona como si las normas tuvieran su fin en ellas mismas, habrá que plantearse, en vista de su aplicación práctica, la pregunta principal: ¿para qué *sirve*, o debieran servir, las disposiciones jurídicas consideradas? Es poner sobre el tapete la cuestión de los *fines* PRÁCTICOS a que esté destinada tal o cual disposición.

Probablemente resulte que si se aplica una de las interpretaciones se den ciertas consecuencias prácticas, mientras que si se aplica otra se produzcan consecuencias diferentes. Resulta, pues, que la primera interpretación coadyuva a realizar el fin A y la segunda al fin B, en la práctica. Esos fines pueden resultar, de hecho, más o menos incompatibles. Cuando el interprete elige una interpretación, con esto acepta también, sea o no consciente de tal implicación, el fin práctico para el que sirve esta misma; y al rechazar una interpretación, está rechazando asimismo el fin práctico favorecido por esta otra. Si un fin propuesto es aceptado o rechazado, significa que al respecto se formula una apreciación de orden valorativo, sea en sentido positivo (aprobación) o negativo (desaprobación). Lo que el intérprete hace al elegir uno de los sentidos posibles, es ni más ni menos que efectuar, así sea implí-

[35] Como ilustración en cuanto a ensayar un análisis orientado en el sentido de este segundo momento, puede verse el examen que sobre una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenté en mi *Tratado básico de derechos humanos*, t. I, Juricentro, San José, 1986: 417 ss. Véase también el apartado "Un ejemplo muy neto de normativismo judicial", en Haba 2001b.

citamente, un *juicio de valor* positivo respecto a las consecuencias prácticas que esa interpretación esté en condiciones de producir.

En efecto, el derecho está al servicio de valores. De ahí que las disposiciones jurídicas se interpreten, señaladamente cuando su contenido específico es objeto de controversias, según cuáles sean los valores a que el intérprete entienda, explícita o implícitamente, referida la finalidad de esa normativa. Pero los principales valores que normalmente se señalan para el derecho suelen indicarse mediante lo que son más bien unas *fórmulas vacías*: "justicia", "libertad", "bien común", "intereses nacionales", etc... La "vaciedad", o en todo caso una semi-vaciedad, de esas fórmulas reside en el hecho de que pueden ser –¡y de hecho son!– entendidas de las más variadas maneras, según los intereses o las preferencias ideológicas de quienes las invocan en la retórica del discurso público, sea político, jurídico, religioso, etc.[36] No hay ninguna respuesta dada a título de jurídica que no pueda presentarse, de una u otra manera, como dirigida a promover algunos de, cuando no todos, esos grandes valores.

La relación de una interpretación jurídica con la realización de tal o cual valor no puede apreciarse con cierta nitidez si no se empieza por fijarle características *precisas* al valor invocado, en cuanto a su aplicación para la cuestión práctica específica de que se trate. Esto es: el jurista realista necesita saber, de manera bien determinada, a qué *grupos* de personas y en qué "cosas" deba beneficiar *concretamente* la puesta en práctica de ese valor *ahí*; como así también cuáles grupos y en qué serán perjudicados por ella, y quiénes no serían tocados ni para bien ni para mal por la solución propuesta. Más que pensar en unos grandes valores en abstracto, la valoración básica que se adopte tiene que consistir, para poder sacar consecuencias netas de ella, en tener bien claro para qué fines prácticos ESPECÍFICOS –¿favorecer a *quienes* (muchos o pocos) y en *qué*?– se busca que *sirva* la interpretación jurídica por escoger.

Una vez que el intérprete haya adoptado su decisión sobre esto último, se le plantea otra pregunta decisiva: ¿*cómo* coadyuvar a que el cumplimiento de los fines escogidos, especialmente ellos, sea lo que *realmente* se produzca como un resultado de la normativa jurídica aplicable? Lo que él tiene que tratar de averiguar ahora, por tanto, es *cuál* de las interpretaciones jurídicas posibles ofrece las mejores probabilidades de servir para apoyar *en la práctica* la realización de *esos* fines justamente. Pero ésta, a diferencia de las dos preguntas anteriores, no es un asunto ni de orden esencialmente lingüístico ni tampoco de naturaleza básicamente valorativo-optativa. Constituye ni

[36] V. Haba 2003b: § 62.

más ni menos que una cuestión de *hechos*. Para abordarla, es indispensable examinar la *realidad* social. De esto se trata en el momento siguiente, como etapa conclusiva indispensable para completar un razonamiento jurídico que consiga ser propiamente realista.

8. Paso final: empírico-instrumental *(¡tomar en cuenta la realidad social!)*

Los tres pasos precedentes habrán permitido ya saber *cuáles* son las alternativas de solución jurídica entre las que el intérprete tiene que escoger (momentos 1 y 2) y determinar con suficiente precisión las finalidades *prácticas* (momento 3) que la solución por escoger ha de contribuir a hacer efectivas en el mayor grado posible en su medio social. Ahora bien, tal posibilidad no depende simplemente de los buenos deseos del intérprete autorizado. Depende sobre todo de cómo las *gentes* (pocas o muchas) con cuya conducta –acciones u omisiones– es indispensable contar para cumplir dichas finalidades actúen *en los hechos*. Hasta donde esto pueda preverse, a veces con grados de probabilidad mayores y otras no tanto, eso se ocupan de investigarlo distintas ciencias sociales, cada una de las cuales trata en especial sobre cierto género de los múltiples aspectos en que se manifiestan los comportamientos humanos: antropología, sociología, economía, psicología, etc. Esas ciencias sacan a luz *regularidades* en tal sentido, ya sea de orden más general (tendencias universales de los seres humanos o las propias de un tipo de cultura o en cierto nivel de estratificación social, etc.) o más particulares (en una sociedad determinada o un grupo dentro de ella, o en cierta clase de ocasiones, o unos comportamientos típicos de las personas ubicadas en determinada capa social o los de determinado tipo psicológico, etc.).

Hay muchas cosas que son relativamente previsibles en la conducta de las personas, por lo cual cada quien sabe más o menos a qué atenerse en sus relaciones con los demás en numerosos aspectos. Claro, no pocas veces nos llevamos sorpresas al respecto; pero eso no quiere decir que siempre, y ni siquiera en la mayoría de los casos, sea así. Mucho de lo previsible son cosas que llegamos a saber simplemente por nuestra experiencia cotidiana. Mas también hay elementos decisivos de la realidad social que, no obstante constituir constancias básicas (por lo menos tendencialmente), resultan menos perceptibles "a simple vista", aun cuando tales factores intervienen decisivamente para determinar lo que hacen o dejan de hacer amplios grupos de personas, configurándose así la "madeja" normal de comportamientos societales corrientes.

Esto último, aquello que por lo general la gente no advierte pero obra por debajo y sobre los comportamientos captados por cualquiera, constituye el principal objeto de investigación en las *ciencias* sociales. Ellas ofrecen

señaladamente dos rubros de conocimientos especializados: a) revelan ciertas tendencias de orden general actuantes en el seno de una sociedad o en determinado sector de ella, las cuales intervienen allí ya sea en forma bastante permanente o coyuntural; b) advierten qué efectos reales pueda tener, en función de semejantes tendencias, la ejecución de ciertas medidas destinadas a influir sobre la conducta de miembros de esa sociedad, sean muchos (instituciones u otros grupos sociales) o pocos (los protagonistas de determinado caso: p.e., una terapia psicológica para Fulano, una política comercial para la empresa X, etc.).

En cuanto a (b), se trata de situaciones donde, justamente, las medidas consideradas se examinan en relación con *un fin*, el de producir ciertas consecuencias prácticas, para las cuales dichas medidas puedan constituir (¡o no!) un *medio* idóneo. El científico social está, o debiera estar, ahí para aclarar si el medio en cuestión *sirve* o no sirve para la finalidad perseguida. En tal sentido, su palabra constituye un juicio de valor de carácter *instrumental*[37], en el sentido del modelo weberiano de *Zweckrationalität* (racionalidad con arreglo a fines)[38] . Los científicos sociales son los especialistas en este tipo de juicios cuando la realización del objetivo depende de si en la práctica sea viable lograr que se lleven a cabo de determinadas maneras unas conductas interpersonales. Tal, ni más ni menos, es también el caso de los fines perseguidos mediante una regulación jurídica. Cuando los medios para lograr esos fines no son obvios, o sea, si conocer tal cosa no está simplemente al alcance del "buen juicio" del ciudadano común, entonces nadie mejor que el científico social, de la rama pertinente, para aclararle al jurista cuál de las distintas soluciones jurídicas presentes, entre las interpretaciones posibles de los textos invocados, pueda estar en condiciones *realmente* de impulsar el efectivo cumplimiento de cierto fin práctico (formulado con suficiente precisión, claro está).

Síntesis.– En el cuarto momento, paso final del razonamiento jurídico realista, el intérprete examina, ya sea por su propia cuenta –si ello está al alcance del conocimiento corriente sobre la realidad social en su medio– o recabando la información pertinente de uno o más científicos sociales, cuál de las distintas interpretaciones lingüístico-dogmáticamente posibles para los textos jurídicos invocados (momentos 1 y 2) promete ser la más eficiente, o acaso la única eficiente entre ellas, como MEDIO práctico para realizar *en los hechos* cierto objetivo *específico* –valor/fin– netamente delimitado (momento 3). — Entre las interpretaciones posibles del derecho positivo

[37] Cf. C. G. Hempel, *La explicación científica* (trad. N. Míguez), Bs. As., 1979: cap. III.7. Véase además A. Brecht, *Teoría Política* (trad. J. M. Mauri), , Barcelona, 1963: esp. 122-131.

[38] V. Haba 1980.

vigente, el jurista común *elige* con la mirada puesta en algún "cielo" meramente dogmático-doctrinario. También el jurista realista elige entre aquellas mismas, pero opta no en función de razones esencialmente "celestiales", sino con base en unas consideraciones severamente *empíricas*: se decide por la interpretación que tenga mayores probabilidades, científicamente sostenibles, de ser un medio eficaz para conseguir realizar EN LA PRÁCTICA determinado fin social bien *delimitado*.

9. Epílogo: Realismo jurídico como ética de la responsabilidad judicial *(¡Contra la Razón jurídica trunca y la ideología judicial de "lavarse las manos"!)*

Toda reflexión sobre el Derecho conlleva implicaciones éticas. Es así, quiérase o no, por cuanto ella destaca tales o cuales *conductas*, sean solamente en el orden intelectual o también considerando aspectos materiales sociales, llevadas a cabo por los operadores jurídicos. Esas conductas pueden ser las que ya están ahí u otras que se señalan como posibles cambios. Con ello queda implicado, al menos en forma implícita, que es bueno o no tan bueno, conveniente o inconveniente, etc., que el jurista razone *así*.

Comparando el razonamiento jurídico realista con la fundamentación jurídica normativista resulta que, a pesar de todo, tienen en común algo fundamental: ambos caminos constituyen formas del pensamiento *jurídico*. ¿Por qué, y en qué, son *específicamente* "jurídicos" tanto el uno como la otra? Si recordamos los cuatro pasos que componen el itinerario de la fundamentación jurídica realista, vemos que en el primer "momento" son decisivas, y a partir de allí lo son también para marcarle límites a los otros tres momentos, justamente unas ideas con que nos encontramos asimismo en razonamientos normativistas: los *topoi* pertinentes de textos oficiales y de textos doctrinarios, llamados a colación para resolver una cuestión de derecho. La diferencia entre ambas aproximaciones no reside en la peculiaridad de basarse especialmente sobre semejantes *topoi*, sean unos u otros, sino en que: a) el trabajo con dichos *topoi* es encarado por los realistas en función de dos *presupuestos* [*supra*: § 4] que, por el contrario, los normativistas no toman en cuenta; b) y sobre todo, los realistas no se quedan trancados en el primer momento, como los normativistas, sino que, con base en él, aquellos se preocupan por seguir adelante en el esfuerzo por arribar a la respuesta jurídica más adecuada, prosiguen la investigación jurídica *completándola* mediante tres momentos más que no asoman (por lo menos conscientemente) en el horizonte normativista. En cambio, el discurso normativista procede a amurallarse en una especie de "cielo" de conceptos y buscar esencialmente *allí* toda respuesta jurídica. El normativismo de los juristas consiste, pues, ni más ni menos que en restringir el tratamiento de las cuestiones jurídicas a

los planteamientos propios de una Razón *amputada*, encerrándola dentro del primer momento. Son razonamientos *truncos*, ya que se dan por satisfechos con, se autoconfinan a, NO *ir más allá* del primer paso para responder a esas cuestiones.

Ello tiene consecuencias prácticas de primordial importancia. El juez normativista, basándose en que le basta con hurgar en ese cielo, "no levantar los ojos" de ahí, no considera necesario tomar en cuenta, para justificar la decisión jurídica por él sostenida, qué repercusiones ésta pueda tener, o no, en los hechos. Piensa más o menos así (pero, por supuesto, no lo dirá con tanta franqueza): "Lo de las consecuencias prácticas, ¡eso no me incumbe *a mí*! La decisión a que llego en la sentencia, y las razones en que la fundamento, nada de eso lo he decidido yo mismo, me lo impone indefectiblemente lo establecido al respecto en el dominio soberano [cielo] de las "verdades" jurídicas, del cual simplemente soy un oyente atento y servidor leal". — Así, el juez se lava las manos en cuanto a las efectos reales de sus fallos.

El normativismo es una trampa para la Razón práctica en general. Entre los juristas, esa trampa se hace "falsa conciencia" que funciona como *ideología* profesional típica de su gremio[39]. Ya lo dije, el normativismo jurídico es una forma de "lavarse las manos". Con esto quiero señalar que no se trata apenas de un *error* intelectual. No es simplemente una forma engañosa, por no decir mentirosa, de presentar las cosas (Superstición del Unico Significado Verdadero, *Basic Legal Myth*, etc.). Tampoco es una cuestión simplemente *valorativa*, como tantas, o sea, cierta opción ni más ni menos justificable, como tal, que otras. Se trata también, y sobre todo, de *mucho más*, de algo que la mayoría de los errores y la mayoría de los juicios de valor no conllevan necesariamente: es "huirle al bulto" de la responsabilidad *práctica* que tiene la función judicial. El normativista dice: "Yo no tengo la culpa, no tuve más remedio que resolver *así*". ¡Pero eso no es cierto! Cuando se presentan posibilidades distintas dentro del marco legal, las *opciones* de interpretación, no es verdad que el juez "no puede" resolver de una u *otra* manera, entre interpretaciones lingüísticamente viables. No, no es que "no podía": él NO QUISO resolver de manera distinta... ¡pero "se lava las manos"! Quiere decir que la "técnica" de fundamentación normativista implica una ética de *ir-responsabilidad* para los jueces, en cuanto a los efectos que para los seres de carne y hueso ocasionan las decisiones judiciales.

Por el contrario, las fundamentaciones realistas presuponen aceptar una ética de la *res-ponsabilidad* de los propios jueces por buena parte de las

[39] Para un examen más circunstanciado de esa ideología, con referencia específicamente a los triviales planteamientos de un autor que está de moda, v. Haba 2001a.

consecuencias *prácticas* que acarrean sus fallos, ya que el jurista realista no tiene ambages en reconocer que a menudo el "marco" legal tolera márgenes de interpretación y que estos permiten al intérprete autorizado inclinarse ya sea por unas *u* otras soluciones jurídicas. Ante aseveraciones tan francas se ha objetado que hacerles tomar a los jueces conciencia de tal cosa conllevaría poner en sus manos la potestad de decidir *arbitrariamente*. Se dice que una vez armados de semejante poder, esto provocaría que, *en la práctica*, ellos no titubearían en fallar incluso más allá del "marco" legal. Tampoco hay seguridad alguna, se agrega, de que esta arbitrariedad vayan a utilizarla para elegir soluciones más justas y de mayor practicidad para alcanzar valiosos fines sociales, sino que posiblemente sus decisiones serían, a menudo, todavía menos adecuadas que las resultantes de razonamientos normativistas, además de ser mucho más inseguras que estas. Así se saca la consecuencia de que, justamente desde el punto de vista práctico, lo mejor es que los jueces sigan creyendo en la ficción del Unico Significado Verdadero, como autofreno a la tentación de usar arbitrariamente su libertad. — Si tal observación fuera correcta, mal podría decirse que la fundamentación realista es más "responsable" que la normativista. Pero, ¿cómo saber quién tiene razón? Si de lo que se trata es de juzgar las consecuencias *prácticas* de adoptar una u otra de esas dos orientaciones, las pruebas al respecto no pueden ser de tipo apriorista y consistir simplemente en unas suposiciones. Las pruebas, para ser tales, es indispensable recabarlas de la *experiencia* judicial misma.

En cuanto al normativismo, las comprobaciones sobre su ajenidad a la práctica son tan frecuentes y han sido señaladas de manera tan abundante, que la evidencia cae por su peso; no veo qué más se pueda pedir para enterarse de ello. Desde luego, eso no quiere decir que todas, y seguramente ni siquiera la gran mayoría, de las sentencias normativistas han de ser, por fuerza, contraproducentes en la práctica. Muchas de ellas, posiblemente la mayoría, podrían ser refrendadas hasta por un razonamiento jurídico realista; pero este, para ser tal, tendría que fundamentarlas, cuando fuera necesario, de manera menos "trunca". El verdadero punto en discusión no es si sea posible acertar también por vías meramente normativistas, en muchos casos, sino dos cuestiones de base: i) si tales vías, el normativista, constituyen la *mejor* manera, en el plano *intelectual*, de fundamentar resoluciones *prácticas* de orden jurídico; y ii) si ello no abre la puerta para que en *no pocos casos* (aunque no sean la mayoría) se *yerre*, desde el punto de vista práctico, justamente por caer en déficits de racionalidad que una fundamentación realista permitiría evitar.

La verdad es que, si bien hay abundante prueba empírica de yerros imputables al normativismo de los jueces, no menos cierto es, también, que

falta "testar" suficientemente en la práctica las alternativas de razonamiento realista para los casos señalados. Tales pruebas escasean porque, justamente, los juristas *no* suelen presentar sus argumentaciones de *esa* manera. Por lo general, los jueces no invocan fundamentos realistas, sea o no que los tomen en cuenta en su fuero íntimo, ni tampoco los abogados de las partes se atreven a plantear las cosas francamente *así* (también, entre otros motivos, por temor a chocar con el normativismo de los jueces).

De todas maneras, si se examinan numerosas resoluciones judiciales cuestionables por sus consecuencias prácticas, no es difícil darse cuenta de que, en la mayoría de ellas, podría haberse acudido a una alternativa realista de fundamentación que evitase las consecuencias indeseables acarreadas por yerros imputables a estrecheces normativistas en que incurre el juez. Y el normativista debería estar en condiciones de ofrecer incluso la prueba inversa: exhibir unos fallos fundamentados realísticamente, o en todo caso una fundamentación realista presentada como alternativa en estudios de teoría jurídica, donde las consecuencias prácticas sean *perjudiciales* de una manera que, precisamente, se evitase razonando al modo normativista.

No se ve por qué los jueces realistas fueran a "abusar" de su libertad, que es inevitable, más de lo que en general hacen jueces normativistas. No menos unos que otros están limitados, en la práctica, por dos fuertes vallas. a) En general, los jueces se sienten sujetados por su propia *conciencia* profesional, moral, ideológica, etc. ¿Por qué la de los realistas habría de ser más "floja" que la de los normativistas? Y además, por si no alcanzara con esa, su propia conciencia: b) los jueces están vigilados por factores de su *entorno* social, tanto los institucionales como los de orden público general y múltiples "presiones" personales, todo lo cual no les permite "salirse" habitualmente del marco legal y ni siquiera elegir con total libertad dentro de él. ¿Por qué estos factores no habrían de "pesar" igualmente sobre jueces realistas?

Dado que la argumentación realista obliga a poner *abiertamente* "las cartas sobre la mesa", así resulta que tanto los principios – "axiomas" valorativos en posición de fines– como las referencias a la realidad social –los medios de eficacia práctica– van a quedar, de *tal* manera, netamente sometidos a la posibilidad de un claro *control* público de *racionalidad*, dentro y fuera del tribunal. Las fundamentaciones normativistas escapan a semejante posibilidad. Se conforman con refugiarse en su cielo dogmático, cuyas figuras son por principio no menos ajenas que inmunes a pruebas y contrapruebas de orden *empírico*-social. En cambio, las razones realistas pertenecen al orden de la racionalidad *fáctica.* Tales razones, al ser *intersubjetivamente* controlables, hacen así plenamente responsable a quien las presenta, mientras que las fundamentaciones normativistas se basan en unas "evidencias"

iusmísticas. Estas últimas, por escapar a la posibilidad de ser verificadas o falsadas intersubjetivamente, hacen que el elegir entre una y otra respuesta jurídica venga a ser, al fin de cuentas, una cuestión de "gustos" doctrinarios, queda diluida la responsabilidad intelectual de quien recurre a ellas.

* * *

En síntesis.– 1) Es por demás abundante la prueba empírica de la existencia de fallos judiciales que, justamente por haber sido producidos con base en un enclaustramiento normativista del pensamiento jurídico, han tenido efectos muy contraproducentes en la práctica. 2) En cambio, no se sabe de pruebas semejantes en cuanto a que, para aquellos mismos casos u otros, una fundamentación realista lleve a consecuencias prácticas similares o aun peores.

Por todo lo señalado, en realidad la alternativa no está planteada entre menor libertad con jueces normativistas y mayor libertad con jueces realistas. Tan libres son, de hecho, los unos como los otros[40]. La gran diferencia es:

- entre fallos para el "cielo" y fallos para la "tierra";

- entre fundamentaciones truncas y fundamentaciones plenamente racionales;

- entre fundamentaciones en clave de *me-lavo-las-manos*-por-lo-que-pase y fundamentaciones en clave de *reconozco-que-elegí-yo-mismo*-lo-que-pasará.

En definitiva, dos éticas judiciales. Una de ellas, esencialmente dogmática y escapista: normativismo. Pero enfrente queda abierta la posibilidad, metodología realista-crítica, de sacar adelante una ética de la *plena* RESPONSABILIDAD intelectual y social del juez, como sujeto moral de sus propios fallos.

[40] Téngase muy presente el *hecho* que señalan las palabras de Frank recogidas en el encabezamiento de este artículo, tomadas de *Law.*. (o.c *supra*: nota 14): 169, nota 8.

Otros estudios del autor

(La lista çconsigna solo trabajos vinculados estrechamente con lo desarrollado en el presente artículo)

(1972): *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho (*Cuaderno de Filosofía del Derecho* Nº 9), Caracas.

(1980): Prólogo; en J. E. Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber* (2ª ed.), pp. i-xxxiv, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

(1990): "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?", *Doxa*, Nos 7 y 8. Una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), Nos 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (setiembre-diciembre 1990); de esta versión hubo también un pequeño tiraje independiente.

(1991): "Sciences du droit – quelle "science"?", *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36 , pp. 165-187.

(1993): "Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! ", *Doxa*-14. [Versión revisada: en 1999b]

(1995): "Sobre el Derecho como "técnica" o "tecnología"", *Doxa*-17/18. [También en 1999b]

(1996a): " Lógica formal y Derecho", *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VII, pp. 625-632.

(1996b): "Ciencias del derecho. La controversia de paradigmas en la Teoría del Derecho contemporánea", *Ibíd.*, pp. 107-145. [Versión revisada: en 1999b.]

(1996c): "Teoría del Derecho y metodologismo", *Ibíd.*, pp. 1017-1029.

(1996d): "Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho?", *Doxa*-19. [Vers. rev. y ampl.: "Racionalidad e irracionalidad en el Derecho", en 1999b.]

(1996e): "Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie — Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-)Familie"", *Rechtstheorie*, t. 27 (vol. 3: Habermas-Sonderheft), Berlín.

(1997): "Variantes del pensamiento escapista en una moderna "Santa Familia": sobre Rawls, Habermas, etc. (Acerca de la concepción "misionera" para las ciencias sociales)", *Sistema* 137 (marzo 1997), Madrid.

(1998): "Teorización constructivista como "forma de vida""; *Doxa*-21 (vol. I).

(1999a): "Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales."; *Doxa*-22.

(1999b): AA.VV. (Haba *et al.*), J. F. Palomino Manchego (Dir.), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho,* Grijley, Lima.

(2000): "Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora", *Doxa*-23.

(2001a): "Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El *bluff* Dworkin", *Doxa*-24.

(2001b): "Normativismo y realismo como opciones del juez (De la Razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral)"; en AA.VV. (Coordinadores: L. I. Zerpa y J. M. Delgado), *Curso de Capacitación Judicial sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

[Una versión revisada de ese trabajo forma parte de una obra colectiva que publicará próximamente la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.]

(2001c): AA.VV., E. P. Haba (Dir.), *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, San José (C.R.), xiii-376 p.

(2002): Id., *Elementos básicos de Axiología. Epistemología del discurso valorativo práctico: cuestiones generales (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, San José (C.R), xix-371 p.

(2003a) "En torno a las formas de discursear sobre el talismán "derechos humanos" (Un compendio de observaciones poco edificantes respecto a maneras de decir mucho y no decir nada)"; en R. Carrión Wam (editor, compilador), *Derechos humanos/Direitos humanos*, Universidad de Carabobo, en prensa.

(2003b): *El espejismo de la interpretación literal*, Escuela Judicial de Costa Rica, en prensa.

EL DERECHO COMO SUJETO EPISTÉMICO: HACIA UNA EPISTEMOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA DEL DERECHO*

Gunther Teubner
Universidad de Frankfurt

I. Jabberwocky (Galimatazo)+

Brillaba, brumeando negro, el sol; agiliscosos giroscaban los limazones banerrando por las váparas lejanas; mimosas se fruncían los borogobios mientras el momio rantas murgilaba

Comentario de un jurista norteamericano al artículo de *Niklas Luhmann* "La unidad del Ordenamiento jurídico".

Los sociólogos del Derecho europeos y norteamericanos parecen tener problemas para comunicarse entre sí. El hecho de traer a colación la autoridad de *Lewis Carroll* en una rama de la teoría de Derecho, muestra cuán importantes son los problemas. Después de todo, si nos remontamos a sus orígenes, el

* La traducción corresponde al artículo "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law" publicado en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757, habiéndose incorporado, en los apartados VIII y IX, varias reflexiones contenidas en el artículo "Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts" publicado en: GRIMM, Dieter (ed.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 115-155. El autor ha prestado su consentimiento para la susodicha incorporación.

Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y participante en el seminario de Teoría del Derecho de la Universidad de Frankfurt.

+ El "Jabberwocky" es un extraño poema de *Lewis Carroll*, construido –en principio– sobre la base de palabras inventadas. Tanto el poema como el término "Jabberwocky" han sido objeto de numerosas y diversas traducciones a distintos idiomas, entre ellos al español. Así, hemos escogido la traducción de *Jaime de Ojeda*, en CARROL, Lewis; *A través del Espejo y lo que Alicia encontró al otro lado.* 1ª ed., 8ª reimp. Madrid: Alianza, 1987, para el primer verso del poema, así como para la traducción del término "Jabberwocky" (Galimatazo), ya que refleja fielmente la incomprensibilidad del lenguaje a la que quiere hacer referencia el autor de este artículo. [Nt. del Trad.]

término "Jabberwocky", aquella famosa "estrofa de poesía anglosajona"[1], significaba "semana aciaga" en su versión original alemana[2]. Además, en la interpretación de esta poesía está inevitablemente involucrado un tal *Hermann von Schwindel*[++]...

Esta mutua falta de comprensión es sólo un fenómeno reciente, puesto que la comunicación todavía resultaba fácil cuando la sociología jurídica estaba dominada por el régimen mertoniano de teorías de alcance medio. Existía entonces el consenso de que a través de una observación paciente del Derecho real en el mundo real, se lograría un cuerpo de teorías que no serían ni especulativas ni metafísicas. Dicho consenso, además, se reflejaba en un leguaje común, sobrio, adecuado y comprensible. Sin embargo, con el "regreso de la gran teoría"[3], con la invasión del post-estructuralismo, de la teoría crítica, la teoría del discurso y de la autopoiesis del mundo sociojurídico, el discurso unificado de la sociología jurídica se ha vuelto a segregar en diversas provincias culturales. El deplorable resultado es la fragmentación del lenguaje teórico, el "Galimatazo" (*Jabberwocky*) de la sociología del Derecho.

La oscuridad del lenguaje es, por lo tanto, el comentario crítico habitual respecto de las nuevas "teorías de moda" europeas, ya tengan por origen París, Frankfurt o Bielefeld. Se dice que su lenguaje es extremadamente complejo –generalmente incomprensible– y que contiene trivialidades detrás de una cortina de humo formada por palabras de moda tales como discurso jurídico, racionalidad comunicativa y autopoiesis jurídica.

Por supuesto, las malas traducciones juegan un papel desafortunado en este intercambio de ideas. A ello hay que sumar que los contextos culturales nacionales son hoy en día tan diversos, que la transposición de una teoría de un contexto a otro lleva a tal grado de incomprensibilidad, que sólo puede ser reducido paulatinamente mediante una detallada explicación. Habría también que admitir que, en ocasiones, las idiosincrasias personales de los teóricos hacen que sus textos sean innecesariamente difíciles de comprender. Sin embargo, el núcleo del problema se encuentra en otro lugar. Se trata de si el lenguaje

---

[1] CARROLL, Lewis; "Stanza of Anglo-Saxon Poetry" Misch-Masch, 1855; IDEM; *Through the Looking Glass and What Alice Found There* (citado por la edición de 1960, Bramhall House, New York) London: Macmillan, 1871, p. 191

[2] SCOTT alias CHATTERTON, Robert; "The Jabberwocky Traced to Its True Source", Macmillan's Magazine, February, 1872.

[++] Cuando *Robert Scott* publicó una versión alemana en 1872, señaló que cuando la escribía se le apareció un espíritu cuyo nombre era *Hermann von Schwindel* y que afirmaba que el "Jabberwocky" era una traducción al inglés de una balada alemana llamada "Der Jammerwoch". [Nt. del Trad.]

[3] SKINNER, Quentin; *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*. Cambridge, England: Cambridge Universtity Press 1985.

es lo suficientemente complejo como para adecuarse a la complejidad de la materia tratada. Las nuevas teorías aducen crear realidades sociojurídicas que no pueden ser adecuadamente expresadas mediante el lenguaje ordinario, por lo que una concesión a las exigencias relacionadas con la facilidad de comprensión sería comprometer el contenido de su mensaje.

A título de ejemplo: En el contexto de la autopoiesis del Derecho varios autores están trabajando en una nueva teoría de la persona jurídica[4]. En su lenguaje, "la realidad social de la persona jurídica se encuentra en la colectividad: la autodescripción socialmente vinculante de un sistema de acción organizado como un vínculo cíclico de identidad y acción". ¿Cómo? ¿Más "Galimatazo" (*Jabberwocky*)? ¿Acaso conocen las organizaciones? ¿Cómo pueden tener la capacidad de describirse a sí mismas? ¿Un vínculo de identidad y acción? Todo esto recuerda a aquellas infames mistificaciones de las colectividades. Resulta obvio que las colectividades no actúan, sino sólo los individuos, y que no son sino las acciones de éstos las que se agregan en la acción colectiva. En consecuencia, ¿por qué no volver a la formulación más sobria y comprensible de *Max Weber* al respecto?

"Esos conceptos colectivos...son *representaciones* de algo que en parte existe y en parte se presenta como un deber ser en la mente de hombres concretos (y no sólo de jueces y burócratas, sino del público en general), la acción de los cuales *orientan* realmente; y también debe tomar nota de que esas representaciones, en cuanto tales, poseen una poderosa, a menudo dominante significación causal en el desarrollo de la conducta humana concreta"[5].

Sin embargo, ¿sigue siendo lo mismo? Es cierto que ahora las palabras se entienden fácilmente, pero por desgracia el mensaje se ha perdido. La novedad de la construcción recae en las siguientes cuestiones, las cuales difieren punto por punto de las visiones tradicionales que evoca el lenguaje ordinario:

---

[4] Actor colectivo, personalidad corporativa; Cfr. LUHMANN, Niklas; *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1984, pp. 270ss.; TEUBNER, Gunther, "Enterprise Corporativism: New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person", en: *American Journal of Comparative Law* 36, 130, pp. 130ss; KNYPHAUSEN, Dodozu; *Unternehmungen als evolutionsfähige Systeme: Überlegungen zu einem evolutionären Konzept für die Organisationstheorie.* Herrsching: Kirsch, 1988, pp. 120ss.; HUTTER, Michael; *Die Produktion von Recht. Tübingen:* Mohr und Siebeck. 1989, Cap. 4; LADEUR, Karl-Heinz; "Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens", en: *Festschrift für Helmut Ridder.* Neuwied: Luchterhand , 1989; VARDARO, Gaetano; "Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations", en: D. Sugarman y G. Teubner (eds.) *Regulating Corporate Groups in Europe.* Baden-Baden:Nomos , 1990

[5] WEBER, Max; *Economía y sociedad*. México-Argentina-España et.al.: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 13s.

1. Las organizaciones no están compuestas por seres humanos como miembros, sino por comunicaciones; concretamente por decisiones, que son sus elementos auto-constitutivos.
2. Las organizaciones "conocen". A través de la comunicación interna construyen sus propias realidades sociales, las cuales difieren considerablemente de las construcciones de la realidad de sus miembros individuales. En pocas palabras: las organizaciones son sujetos epistémicos.
3. Las organizaciones no son capaces *per se* de acción colectiva. Se transforman a sí mismas en actores colectivos mediante la constitución comunicativa de su identidad.
4. La capacidad de acción colectiva surge cuando las organizaciones, en su identidad colectiva, producen acciones y, viceversa, la acción organizativa produce su identidad colectiva.

Evidentemente, estas cuatro cuestiones sugieren una realidad social de la persona jurídica que se encuentra más allá de los territorios sobradamente conocidos de las teorías de la ficción, de la agrupación o de la entidad de la persona jurídica[6].

Este ejemplo debería haber puesto de manifiesto que el problema ya mencionado de la comunicación no se debe tanto a la oscuridad del lenguaje sino a la limitada capacidad de nuestro lenguaje para expresar la construcción de realidades sociales cuando éstas son percibidas de manera novedosa. Al menos esto es lo que tienen en común las siguientes teorías del Derecho: post-estructuralismo, teoría crítica y autopoiesis. Bien es verdad que *Michel Foucault*, *Jürgen Habermas* y *Niklas Luhmann* "agiliscosos giroscaban los limazones", pero lo hacen porque imaginan unas realidades sociales cuya construcción va más allá de los límites del lenguaje ordinario. Lo que les hace aparentemente incomprensibles es el hecho de que, en lo concerniente a la sociología jurídica, abandonan radicalmente las premisas epistemológicas que están profundamente arraigadas en el pensamiento contemporáneo. En concreto, se desmarcan de lo que *Pizzorno*[7] ha denominado polémica-

---

[6] En relación con este debate en términos de las teorías clásicas, Cf. HORWITZ, Morton; "Santa Clara Revisited", en: *West Virginia Law Review* 88 (1985), pp. 173ss.; DAN-COHEN, Meir; *Rights, Persons and Organisations. A Legal Theory of Bureaucracy Society.* Berkeley: University of California Press 1986; SHANE, Sanford A.; "The Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction", en: *Tulane Law Review* 61 (1987), pp. 563ss.; ROOS, Carl Martin; *Corporate Personality and Contractual Structure: Legal Aspects on the Firm as a Nexus of Treaties,* Uppsala: Manuscrito. 1988

[7] PIZZORNO, Alessandro; "Spiegazione come re-identificatione", en: L. Sciolla y L. Riccolfi (eds.), *Il soggetto dell'azione: Paradigme sociologichi e immaggini dell'attore sociale.* Milano: Angeli, 1989.

mente la *reificación* de una "metafisica quotidiana" – esto es, se desmarcan del realismo epistemológico y del individualismo metodológico. Si bien el post-estructuralismo, la teoría crítica y la teoría de la autopoiesis desarrollan diferentes visiones del Derecho moderno, las tres coinciden en su anti-realismo y su anti-individualismo[8].

Resultaría superfluo añadir que el anti-realismo no supone un idealismo epistemológico, y que el anti-individualismo no se traduce en un colectivismo / holismo metodológico. No nos encontramos frente a un renacimiento de las viejas dicotomías realismo/idealismo e individualismo/colectivismo que dominaron los debates de la teoría del Derecho en la primera mitad del siglo veinte. Ni *Kelsen* ni *Duguit* están en el panorama actual de la teoría del Derecho. Más bien, con el retorno de la gran teoría, el realismo epistemológico se transforma en un nuevo constructivismo epistemológico. De esta manera los actores del individualismo metodológico son reemplazados por constructos tales como el discurso, la auto-reflexión social y la auto-organización. Pero, ¿qué es lo que supone esta reorientación radical de la teoría sociológica para el Derecho?

En lo que al Derecho se refiere, la clave se encuentra en la combinación del cambio epistemológico con la nueva percepción de la individualidad. Esto es, el constructivismo se deshace de la ingenua suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad. De esta combinación se deducen las principales tesis de este artículo:

1. A tenor de la epistemología social constructivista, las percepciones del Derecho respecto de la realidad no se corresponden con algún tipo de realidad social que está "ahí fuera". Por el contrario, es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social.
2. No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es

[8] Dada la orientación humanista de la teoría crítica, podría resultar extraño el caracterizar esta teoría como anti-individualista. Sin embargo, no nos estamos refiriendo a opciones político-morales, sino a construcciones teóricas. Dicha teoría es anti-individualista en los siguientes órdenes: (1) en su crítica al individualismo metodológico de las teorías económicas y del actor racional, (2) en el reemplazo de la teorías monológicas de la formación de la norma por las teorías dialogales (3) en su ubicación del discurso en el centro de la cognición y no en el clásico sujeto epistemológico (Cfr. "razón comunicativa versus razón centrada en el sujeto" en HABERMAS, Jürgen; *The theory of Communicative Action. Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason. Vol. 2*. Boston: Beacon Press, Cap. 11; e IDEM, *The Theory of Communicative Action. Vol. 1: Reason and the Rationalization of Society.* Boston: Beacon Press, Cap. 3)

el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas.

3. Dado que la sociedad moderna viene caracterizada, de un lado por fragmentarse en diferentes *epistèmes* y, de otro, por la interferencia entre los mismos, el discurso jurídico se ve atrapado en una "trampa epistémica". La simultaneidad en la dependencia e independencia respecto de los otros discursos sociales es la razón por la cual el Derecho moderno está permanentemente oscilando entre posiciones de autonomía y heteronomía cognitiva.

Tras *Berger* y *Luckmann*[9], "la construcción social de la realidad" se ha convertido, aparentemente, en la sabiduría recibida por la sociología[10]. A pesar de ello, nuestras tesis muestran que existe una versión más profunda de la epistemología social que la consistente en el entendimiento habitual de cómo las instituciones sociales, las comunidades científicas y las culturas de laboratorio influyen en la percepción individual. Hay algo más en la epistemología social que el "interés" de los actores sociales responsables de la manipulación del conocimiento[11]. Las tres teorías que aquí se examinan –el post-estructuralismo, la teoría crítica y la teoría de la autopoiesis– han radicalizado la noción de lo "social" en la cognición social, lo cual merece la pena analizar en el contexto de la cognición jurídica. ¿Cuál es el significado preciso de la afirmación, en cierto modo ambigua, de que el Derecho constituye una realidad autónoma? De manera similar, ¿qué se pretende al afirmar que el individuo es un mero constructo de la sociedad y del Derecho? Y, por encima de todo, ¿cómo "piensa" el Derecho?

II. Discurso y autopoiesis

"Sin embargo, reconforta y tranquiliza el pensar que el hombre es sólo una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple

[9] BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas; *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology Knowledge.* New York: Doubleday, 1966.

[10] Vid. por ejemplo BLOOR, David; *Knowledge and Social Imagery.* London: Routledge and Kegan. 1976; LATOUR, Bruno y WOOLGAR, Steve; *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts.* Princeton: Princeton University Press, 1979; KNORR-CETINA, Karin; *Die Fabrikation von Erkenntnis: Zur Anthropologie der Naturwissenschaft.* Frankfurt: Suhrkamp, 1984; GILBERT, Nigel y MULKAY, Michael; *Opening Pandora's Box.* Cambridge: Cambridge University Press, 1984; COLLINS, Harry; *Changing Order: Replication and Induction in Scientific Practice.* Beverly Hills: Sage, 1985; FULLER, Steve; Social Epistemology. Bloomington: Indiana University Press, 1988.

[11] BARNES, Barry; *Scientific Knowledge and Sociological Theory. L*ondon: Routledge and Kegan, 1974

pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto este encuentre una forma nueva"[12].

La provocación antirealista y anti-individualista de *Michel Foucalt* no sólo irrita al análisis económico del Derecho, sino que la mayor parte de las ramas de la teoría social que influyen en el pensamiento jurídico moderno, se sienten incomodadas por la descentralización post-estructuralista del sujeto. Bajo la enorme influencia de los "padres fundadores" del individualismo metodológico –*Hayek*[13] y *Popper*[14]– la realidad quasi-natural de los actores individuales es asumida por teorías económicas y sociales contemporáneas tales como la microfundamentación[15] o la teoría del actor racional[16]. Éstas exigen que todo fenómeno colectivo sea reducido a las acciones intencionales de los individuos. De forma análoga, la reducción de la macrofenomenología social a las características de los individuos resulta casi axiomática para el conductismo sociológico[17]. Sin embargo, también para aquellas teorías sociológicas del Derecho que pertenecen a la tradición de la sociología interpretativa de *Max Weber*, la realidad de la actuación individual es una premisa fundamental[18]. Incluso algunos teóricos sociales que buscan enfoques estructuralistas y sistémicos, se sienten compelidos a corregirlos con una infusión de individualismo[19].

---

[12] FOUCAULT, Michel; *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas.* 25ª ed. Méjico: Siglo Veintiuno, 1997, p. 9.

[13] HAYEK, Friedrich A.; *Individualism and Economic Order.* London: Routledge, 1948; IDEM; *Law, Legislation, Liberty. Vol. 1: Rules and Order.* London: Routledge and Paul, 1973.

[14] POPPER, Karl; *The Poverty of Historicism.* London: Routledge and Kegan Paul, 1953

[15] WEINTRAUB, E. Roy ; *Microfoundations: The Compatibility of Microeconomics and Macroeconomics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1979; NELSON, Alan; "Some Issues Surrounding the Reduction of Macroeconomics to Microeconomics", en: *Philosophy of Science* 51 (1984), pp. 573ss.

[16] ELSTER, Jon; *Explaining Technical Change:* Cambridge: Cambridge University Press, 1983; IDEM, *Making Sense of Marx*. Cambridge. Cambridge University Press. 1985.

[17] HOMANS, George, C.; *Social Behavior. It's Elementary Forms.* London: Routledge and Kegan, 1961.

[18] AUBERT, Willhelm; "On the Relationship between Legal and Sociological Concepts", en: E. BLANKENBURG, E. KLAUSA y H. ROTTLEUTHNER (eds.), *Alternatives Rechtsformen und Alternativen zum Recht.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980, p. 119

[19] p.ej. CROZIER, Michel y FRIEDBERG, Ehrhard ; *L'acteur et le systeme: Les contraintes de l'action collective.* Paris: Seuil., 1977; GIDDENS, Anthony; *Social Theory and Modern Sociology.* Standford: Standford University Press 1987, pp. 98ss.; para el sistema jurídico, FEBBRAJO, Alberto; "The Rules of the Game in the Welfare State" en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Berlin: de Gruyter, 1985, p. 136; KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; *Le systéme juridique entre ordre et desordre.* Paris: Presses Universitaires de France, 1988, pp. 157ss.; OST, Francis ; "Between Order and Disorder: The Game of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 87.

Es indicativo del carácter epidémico del síndrome "el hombre como realidad", el hecho de que incluso los juristas críticos, profundamente influidos por las ideas de *Foucault* y que entusiasmadamente adoptan sus mensajes políticos, rechacen de pleno las consecuencias epistemológicas. *Duncan Kennedy*, en su análisis de la indeterminación jurídica[20], da muestras de un elevado prejuicio individualista en relación con el sujeto jurídico reflejado y los aspectos comunicativos del Derecho. Por lo tanto, al centrarse tanto en las reflexiones individuales del juez como en sus consideraciones estratégicas, se encuentra lejos de un análisis del discurso como el de sus adversarios "liberales". *Robert Gordon*[21] rechaza explícitamente las tendencias anti-individualistas en el estructuralismo y el post-estructuralismo, pues degradan las intenciones humanísticas del pensamiento jurídico crítico[22].

Lo que hace que esta combinación de realismo e individualismo sea tan viable en el pensamiento jurídico contemporáneo no son tanto sus virtudes inherentes sino la falta de verdaderas alternativas. Las alternativas tradicionales, a saber, el idealismo epistemológico y el colectivismo metodológico se consideran, acertadamente, poco atractivas. Pero ¿acaso resulta cierto que las únicas alternativas al alcance de la mano son aquéllas que rezan "como si estas estructuras impersonales tuvieran una vida propia y los seres humanos estuvieran esclavizados por las necesidades de ese círculo de la vida, creando y destruyendo bajo los dictados del Espíritu del Mundo"[23]?

Como me propongo demostrar en las páginas que siguen, existen alternativas viables a las corrientes imperantes de pensamiento realista e individualista. Quisiera extraer del difuso movimiento contemporáneo de la "construcción social de la realidad" y de la "descentralización del sujeto" a tres teóricos que han contribuido a un conocimiento más profundo de la cognición sociojurídica. Al mismo tiempo, representan las líneas de pensamiento más importantes en la Europa occidental: *Michel Foucault* (post-estructuralismo), *Jürgen Habermas* (teoría crítica) y *Niklas Luhmann* (teoría de la autopoiesis). Dichas teorías tienen en común el hecho de que reempla-

---

[20] "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", en *Journal of Legal Education* 36 (1986), p. 518.

[21] "Critical Legal Histories", en: *Standford Law Review* 36 (1984), pp. 117ss.

[22] Hay importantes excepciones entre los miembros de la escuela crítica que desarrollan alternativas serias al individualismo prevaleciente; sobre todo KENNEDY, David; "Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship", en *New England Law Review* 21 (1985), pp. 209ss. Pero estas excepciones confirman nuestra regla: es su lenguaje, incluso en sus propios círculos intelectuales, el que tiene que arreglárselas con el síndrome del "Galimatazo" (*Jabberwocky*).

[23] GORDON, Robert W.; "Critical Legal Histories", en: *Standford Law Review* 36 (1984), p.117

zan al individuo autónomo por procesos comunicativos y no por entidades supra-individuales. Difieren, por el contrario, en su identificación de la nueva unidad cognitiva. En la concepción de la teoría crítica de *Habermas*, las correspondientes teorías de la verdad se ven desbancadas por las teorías del consenso y la "intersubjetividad" toma el lugar del sujeto epistémico. *Foucault* y *Luhmann* son todavía más radicales en su desencantamiento con el sujeto individual. Para *Foucault*, el individuo no es sino una construcción efímera de la constelación, históricamente contingente, poder/discurso, la cual dicta el *epistème* de una época histórica. *Luhmann* separa totalmente los procesos psíquicos de los sociales y percibe al individuo en la sociedad como un artefacto semántico, como un producto de la auto-observación de la autopoiesis social. Los nuevos sujetos epistémicos son los sistemas sociales autopoiéticos.

III. Jürgen Habermas: Intersubjetividad y consenso

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo, de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero, del Derecho como un sistema de normas al Derecho como un sujeto epistémico. Mientras que el primer cambio lleva a una cierta modificación de la posiciones kantianas, los otros dos cambios abren un nuevo camino en la teoría jurídica y social. El segundo pone de manifiesto los fundamentos sociales de la cognición de una manera mucho más radical de lo que cualquier sociología tradicional del conocimiento había hecho hasta ahora. El tercero, atribuye la creación de una realidad social autónoma a las prácticas discursivas del Derecho.

En esta reorientación de la cognición social y jurídica, la teoría de la racionalidad comunicativa[24] juega un papel preponderante. El concepto clave del "discurso racional", fundamental en *Habermas*, pone de relieve el papel decisivo que el procedimiento juega en la cognición empírica y en la normativa. Al mismo tiempo, su "pragmática universal" da cuenta de la dimensión

[24] HABERMAS, Jürgen; *Knowledge and Human Interest.* Boston: Beacon Press, 1971; IDEM, "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", en: J. Habermas und N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung.* Frankfurt: Suhrkamp, 1971; IDEM, *Communication and the Evolution of Society.* Boston: Beacon Press, 1974; IDEM, *Legitimation Crisis.* Boston: Beacon Press, 1975; IDEM; (como en nota 8) vol. 1; IDEM, (como en nota 8) vol. 2; IDEM, "Wie ist Legitimation durch Legalität möglich?" en: *Kritische Justiz* 20 (1987), pp. 1ss.; IDEM, *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988

social del conocimiento moral y jurídico, oponiéndose así a la epistemología individualista predominante.

Habermas rechaza las tradicionales teorías de la verdad como correspondencia (desde *Aristóteles* a *Tarski*), según las cuales las proposiciones son verdaderas si se corresponden con una realidad externa. En su lugar, éste propone una teoría de la verdad como consenso, que declara como verdad el consenso "potencial" de todos los participantes en el discurso[25]. Este desplazamiento crea, evidentemente, la necesidad de identificar un criterio independiente en aras de distinguir el consenso verdadero del falso. Tras un peregrinar por diferentes criterios, *Habermas* lo encuentra en el presupuesto de una "situación ideal del discurso", la cual se encuentra definida por una serie de características formales y procedimentales[26].

Precisamente esta procedimentalización del criterio de la verdad es el que le confiere tanta importancia, para el Derecho, a la teoría habermasiana del discurso[27]. Permite la comparación directa del discurso teórico-empírico de las ciencias con el discurso práctico-normativo de la política, la moral y el Derecho: la validez de sus declaraciones depende de la corrección del procedimiento[28]. Además abre una vía para la reformulación de la modernidad del Derecho, en la cual la tesis de la materialización del Derecho formal de *Max Weber* se ve reemplazada por los conceptos de la procedimentalización del Derecho[29].

---

[25] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 24) 1971, p. 123; IDEM, "Wahrheitstheorien", en: H. Fahrenbach (ed.), *Wirklichkeit und Reflexion.* Pflullingen: Neske, 1973, p. 211.

[26] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.1, Cap. 3.

[27] Vid. p.ej. ALEXY, Robert; "Das A priori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", en: K.O. Apel, *Transformation der Philosophie,* Frankfurt: Suhrkamp, 1978, pp. 219ss.; GÜNTHER, Klaus; *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

[28] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.1, Cap. 3.

[29] HABERMAS, Jürgen; "Law as Medium and Law as Institution", en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State.* Berlin: de Gruyter, 1985, pp. 215ss.; IDEM, (como en nota 24), 1987, pp. 1ss; WIETHÖLTER, Rudolph; "Materialization and Proceduralization in Modern Law", en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State.* Berlin: de Gruyter, 1985; IDEM, "Social Science Models in Economic Law", en: T. Dainith y G. Teubner (eds.) *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory.* Berlin: de Gruyter, 1986; GÜNTHER, Klaus; (como en nota 27); FREY, Reiner; *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie.* Berlin: Duncker and Humblot, 1989, pp. 55ss; JOERGES, Christian; "Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies", en: C. Joerges and D. Tubeck (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989; LADEUR, Karl-Heinz; "The Law of Uncertainty", en: C. Joerges y D. Trubek (eds.) Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 1989; PREUSS, "Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality", en: C. Jorges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989.

La otra gran contribución de *Habermas* a la epistemología del Derecho es la de tomar en cuenta el elemento social en el conocimiento empírico y normativo. Su filosofía ya no atribuye "autoridad epistémica" al sujeto autónomo, sino a la comunidad comunicativa[30]. Mientras que la epistemología tradicional sitúa el conocimiento exclusivamente en la conciencia (empírica o trascendental) del sujeto, *Habermas* reconoce que el conocimiento es fundamentalmente un proceso comunicativo. La "intersubjetividad" toma el puesto del sujeto epistémico kantiano. Es el auténtico consenso de la comunidad comunicativa y no la conciencia del individuo autónomo el que determina la verdad en las cuestiones cognitivas y normativas. En consecuencia, la conocida pregunta kantiana: "¿Cuáles son las condiciones para que el conocimiento sea posible?", se reorienta desde las condiciones de la conciencia hacia las de la comunicación. De esta manera incluso el trascendentalismo se socializa: el nuevo a priori está representado por la "situación ideal del discurso", cuyo presupuesto es condición para la posibilidad de comunicación[31].

Desgraciadamente este "a priori de la comunidad comunicativa"[32] es al mismo tiempo uno de los mayores problemas de esta teoría. Con la apriorización de ciertas características de la comunicación, *Habermas* pretende escapar de las "paradojas de la autoreferencia"[33] que necesariamente surgen de su jerarquía de justificación discursiva. El núcleo de la teoría de *Habermas* se encuentra en la auto-aplicación de las prácticas discursivas: los procedimientos del discurso sólo pueden ser justificados por el propio discurso, cuyos procedimientos tienen a su vez que ser justificados por el discurso.[34]

---

[30] HABERMAS, Jürgen; *Moralbewusstsein und kommunikativen Handeln.* Frankfurt: Suhkamp, 1983, p. 26; IDEM, (como en nota 24) 1988, pp. 63ss., p. 80.

[31] HABERMAS, Jürgen; "(como en nota 24), 1971, p. 136; IDEM, (como en nota 30), 1983, p. 53; IDEM, (como en nota 8) vol. 1, Cap. 3.

[32] APEL; Karl-Otto; "Das A priori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", en: K.O. Apel, *Transformation der Philosophie,* Frankfurt: Suhrkamp, 1973; IDEM, *Diskurs der Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988; BÖHLER, Dietrich; *Rekonstruktive Pragmatik: Von der Bewusstsein philosophie zur Kommunikationsreflexion: Neubegründung der praktischen Wissenschaften und Philosophie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

[33] WORMELL, C.P.; "On the Paradoxes of Self-Reference", en: *Mind* 67 (1958), pp. 267ss.; QUINE, Willard, V.; *The Ways of Paradox.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1976; KRIPPENDORFF, Klaus; "Paradox and Information", en: B. Dervin and M. Voight (eds.) *Progress in Communication*. Norwood: Ablex, 1984; BARWISE, Jon y ETCHEMENDY, John; *The Liar: An Essay in Truth and Circularity,* New York: Oxford University Press Barwise y Etchemendy, 1987.

[34] El problema de la regresión infinita / circularidad en la justificación de la teoría del discurso habermasiana se encuentra nítidamente expresada en HABERMAS, Jürgen; (como en nota 24), 1971, pp. 123ss. e IDEM, (como en nota 25), 1973, pp. 255ss.

Con el fin de evitar la regresión infinita y la circularidad, *Habermas* recurre al trascendentalismo comunicativo.

La fundamentación trascendentalista del discurso racional se encuentra en estrecha vinculación con las ambigüedades de la "intersubjetividad". Éstas representan el otro gran problema no resuelto en la posición de *Habermas* sobre el conocimiento social. ¿Qué es lo que se pretende: elementos o relación? ¿Conciencia o comunicación? ¿Procesos psíquicos o sociales? El sujeto epistémico de *Habermas* oscila entre estas dos posiciones sin encontrar nunca su identidad en ninguno de los dos ámbitos[35]. Parece como si *Habermas* pretendiera evitar de nuevo las paradojas de la auto-referencia en el discurso, esta vez mediante el cambio de la referencia del sistema. Si el discurso puede únicamente fundamentarse recursivamente en el discurso, ¿no tendría que estar fundado en la conciencia humana?

IV. Michael Foucault: Discurso y *epistème*

Las ideas de *Foucault* sobre el discurso y el poder pueden considerarse como una radicalización de la posición epistemológica de *Habermas*. De hecho, *Foucault* ataca directamente lo que acabamos de describir como el mayor de los problemas de *Habermas* sin resolver: la fundamentación del discurso en un a priori comunicativo y el rol ambiguo de la conciencia individual en la intersubjetividad. La mayor contribución de *Foucault* a la epistemología social es la de liberar al concepto cardinal "discurso" de cualquier fundamentación trascendental o psíquica. Por supuesto, esto no evita que caiga en las trampas de la auto-referencialidad. La vía de escape de *Foucault* constituye al mismo tiempo el punto más famoso y más débil de su teoría: la ubicuidad del poder.

El punto de partida de *Foucault* es constructivista: la realidad no es algo externo al conocimiento sino que es constituido, "construido" por el conocimiento en sí. Sin embargo, en contraposición a la tradición clásica, no es la conciencia individual del sujeto la que constituye la realidad. De igual manera, tampoco es la intersubjetividad –como en la teoría de *Habermas*– el resultado comunicativo de la interacción entre actores humanos. Más bien es el discurso –una cadena de sucesos lingüísticos, anónima, impersonal y libre de intenciones[36]. Resulta obvio añadir que ésta no es una posición

[35] Sobre la controversia intersubjetividad *versus* comunicación, Vid. HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol. 2., Cap. 12; IDEM, (como en nota 24), 1988, pp. 95ss.; LUHMANN, Niklas; "Intersubjetivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung", en: *Archivio de Filosofia* 54 (1986), pp. 41ss.

[36] FOUCAULT, Michel; *The Archeology of Knowledge.* New York: Harper Colophon, 1972, Cap. 2.

estructuralista[37]. El discurso en la construcción de *Foucault* es mucho más rico que los abstractos grupos del signos del estructuralismo. Es la práctica social, no la estructura social; es la *parole*, no la *langue*. Los elementos básicos del discurso no son los signos, sino los *énoncés*, esto es, el uso social del lenguaje que construye la realidad. La misión del análisis del discurso no consiste en "tratar los discursos como grupos de signos (elementos significantes referidos a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que sistemáticamente forman el objeto sobre el que hablan"[38]. El discurso es ambos: suceso y estructura, "un canal de sucesos lingüísticos en el espacio y en el tiempo así como también una organización altamente selectiva de sucesos lingüísticos"[39]. Y es esta práctica social del discurso, históricamente contingente, la que dicta el *epistème* de una determinada época histórica. Define así las condiciones para la posibilidad del conocimiento no de manera atemporal sino temporalmente, concretamente, localmente[40].

En una epistemología social tan radical no hay lugar para la conciencia individual y las acciones intencionales de sujetos humanos. Tampoco necesidad de una fundamentación apriorística. El sujeto humano no es ya el autor del discurso. Ocurre precisamente lo contrario: el discurso produce al sujeto humano como un artefacto semántico[41]. Al mismo tiempo, las formaciones discursivas son históricamente contingentes, por lo que carecen de cualquier fundamentación a priori. Cada sociedad tiene su propio orden de la verdad y su propia política de la verdad.

Ahora bien, sería una consecuencia de esta forma de pensar el que dichas formaciones discursivas, dichas prácticas sociales profundamente autónomas, produjeran ellas mismas el criterio de su propia transformación. *Dreyfus* y *Rabinow*, por ejemplo, ven claramente esta necesaria autorreferencialidad como condición para el cambio estructural del discurso. Puesto que "éste sostiene que las prácticas discursivas son autónomas y determinan su propio contenido...debería localizar en las regularidades de las prácticas mismas el poder productivo que se revela en ellas. El resultado, un tanto extraño, es que las regularidades se regulan a sí mismas"[42]. *Foucault*, sin embargo, se queda corto frente a las paradojas de la autorreferencia. Se abstiene

---

[37] DREYFUS, Hubert L. y RABINOW, Paul; Michael Foucault: *Beyond Structuralism and Hermeneutics*. Chicago: University of Chicago Press, 1982, pp. 44ss.

[38] FOUCAULT, Michel;(como en nota 36), p. 49.

[39] HONNETH, Axel; *Kritik der Macht: Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1985, p. 164.

[40] Referido a las ciencias, FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Caps. 2, 3, 7; referido al Derecho, IDEM, *Discipline and Punish.* New york: Vintage / Random House, 1979.

[41] FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Cap. 9.

[42] (como en nota 37), p. 84.

de las necesarias consecuencias de su propia construcción e introduce el concepto de poder en aras de exteriorizar las relaciones auto-referenciales. En su planteamiento tardío abandona la idea del discurso autónomo como nuevo sujeto epistémico y remite a la ubicuidad del poder como fundamentación quasi-trascendental de las practicas discursivas[43].

V. Niklas Luhmann: Constructivismo y autopoiesis

Las paradojas de la auto-referencia parecen ser el principal obstáculo para el desarrollo de una verdadera epistemología social. *Habermas* y *Foucault* han realizado importantes contribuciones, pero las consecuencias radicales de sus ideas parecen estar bloqueadas por las estructuras auto-referenciales (circularidad, tautología, regresión infinita, paradoja) a lo largo de sus versiones de la teoría del discurso. ¿Cómo puede justificarse el discurso racional sino por el propio discurso racional (*Habermas*)? ¿Cómo pueden ser transformadas esas formaciones discursivas que gobiernan el *epistème* de toda una época histórica sino por las propias formaciones discursivas (*Foucault*)? Ambos autores son plenamente conscientes de que estas cuestiones llevan necesariamente a la paradoja, y sin embargo su solución es la de evitar la paradoja a cualquier precio. Evidentemente las paradojas de la auto-referencia no pueden evitarse: simplemente reaparecen al final de cualquier vía de escape. Cuando *Habermas* encuentra la fundamentación trascendental de la comunicación en la distinción entre situación ideal del discurso y las situaciones reales del discurso, ¿es esta distinción a su vez, empírica o trascendental? De forma alternativa, cuando reintroduce el sujeto en el discurso, las paradojas clásicas del sujeto autorreflejado están obligadas a reaparecer. Cuando *Foucault* establece la fundamentación del discurso en las constelaciones de poder ubicuas, lo hace a cambio de las paradojas autoreferenciales del poder.

La teoría de la autopoiesis[44] trata estas paradojas de la autorreferencialidad de manera diferente: no hay que evitar las paradojas, sino hacer un uso productivo de las mismas. Si los discursos sociales son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas que recursivamente producen sus propios elementos gracias a su propia red de elementos, entonces se basan en la autorreferencialidad que tanto *Habermas* como *Foucault* intentan desesperadamente evitar[45]. Como sistemas autopoiéticos, los discursos no pueden

---

[43] Para una crítica, Vid. HONNETH, Axel; (como en nota 39), pp. 168ss.; HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.2, Cap. 10.

[44] MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco; *Autopoiesis and Cognition*. Boston: Reidel, 1980; FÖRSTER, Heinz von; *Observing Systems,* Seaside, CA: Intersystems Publications, 1981; LUHMANN, Niklas (como en nota 4).

[45] LUHMANN, Niklas; "The Autopoiesis of Social Systems", en: F. Geyer y J. Van der Zouwen (eds.) *Sociocybernetic Paradoxes,* London: Sage, 1986, p. 172; IDEM, "The Theory

sino justificarse en su propia circularidad y no pueden sino producir regularidades que se regulan a sí mismas y que gobiernan la transformación de sus propias regularidades. La paradoja de la autoreferencia no es entonces un fallo de nuestra reconstrucción intelectual del discurso que hay que evitar a toda costa, sino que es su realidad la que no podemos evitar en modo alguno. La aplicación recursiva de las operaciones a los resultados de estas mismas operaciones no conduce necesariamente al bloque paradójico de la paradoja o a la mera arbitrariedad, sino que, bajo ciertas condiciones, conduce a que surjan los valores propios (*Eigenvalues*)[46]. Del continuo "cálculo de cálculos", los discursos sociales aprenden de manera "ciega" aquellos modos operacionales que resultan válidos para adaptarse a un entorno al cual no tienen acceso directo[47].

La consecuencia epistemológica es un constructivismo radical[48]. Todo conocimiento –ya sea psíquico o social, ya sea científico, político, moral o jurídico– es una construcción interna del mundo exterior; el conocimiento no tiene acceso a una realidad "ahí fuera". Cualquier actividad cognitiva –ya sea de investigación teórica o empírica– no es sino una construcción interna de la unidad cognoscente; y toda prueba del procedimiento que pretenda examinar la validez de las construcciones internas en relación con la reali-

---

of Social Systems and Its Epistemology: Reply to Danilo Zolo's Critical Comments", en *Philosophy of the Social Sciences* 16 (1986), pp. 129ss.; IDEM, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", en: *Journal of Law and Society* 15 (1988), p. 153.

[46] FÖRSTER, Heinz von (como en nota 44), 1981, p. 274; IDEM, "Entdecken oder Erfinden? Wie lässt sich Verstehen verstehen?" En: A. Mohlar (ed.) *Einführung in den Konstruktivismus.* München: Oldenbourg , 1985, p. 36.

[47] Para una elaboración de estas cuestiones un tanto "Galimatazo" (Jabberwocky), Vid. TEUBNER, Gunther; "And God Laughed....:Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law", en: C. Joerges y D. Trubek (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989.

[48] PIAGET, Jean; *The Construction of Reality in the Child.* New York: Ballantine, 1971; GLASERSFELD, Ernst von; "Radical Constructivism and Piaget's Concept of Knowledge", en: F.B. Murray (ed.), *Imput of Piagetian Theory.* Baltimore: University Park Press, 1975; IDEM, "An Epistemology for Cognitive Systems", en: G. Roth y H. Schwegler (eds.), *Self-Organizing Systems: AN Interdisciplinary Approach.* Frankfurt: Campus, 1981; IDEM, "Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität", en: H. Gumin y A. Mohlar (eds.), *Einführung in den Konstruktivismus.* München: Oldenbourg, 1985; MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco; *Autopoiesis and Cognition.* Boston: Reidel, 1980; FÖRSTER, Heinz von; (como en nota 44), 1981; LUHMANN, Niklas (como en nota 4), pp. 647ss.; ROTH, Gerhard; "Erkenntnis und Realität: Das Gehirn und seine Wirklichkeit" en: G. Pasternack (ed.), *Erklären, Verstehen, Begründen.* Bremen:Universität, 1984 ; IDEM, "Die Entwicklung kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn", en: D. Baecker et al (eds.) *Theorie als Passion.* Frankfurt: Suhrkamp, 1987; ARBIB, Michael A. y HESSE, Mary B.; *The construction of Reality.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986; SCHMIDT, Siegfried; *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus.* Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

dad externa, es sólo una comparación interna de diferentes construcciones del mundo.

En esta versión radicalizada de la "construcción social de la realidad" no hay lugar para la acción o el pensamiento individual[49]. La autopoiesis social se basa exclusivamente en la comunicación –definida como la síntesis de participación, información y comprensión– que recursivamente reproduce la comunicación[50]. La construcción social de la realidad está fuertemente separada de la construcción psíquica de la realidad. En este punto radica la importante diferencia con *Habermas*, quien en el ambiguo concepto de intersubjetividad funde comunicación y conciencia; también con *Foucault*, para quien el sujeto no es sino un constructo históricamente contingente de las constelaciones oscilantes discurso / poder. Para la teoría de la autopoiesis, los procesos psíquicos forman su propia red reproductiva cerrada –autopoiesis psíquica–. Ésta sólo es accesible a ellos mismos y se muestra totalmente inaccesible a la comunicación. Por su parte, la comunicación forma una red autorreproductiva propia –autopoiesis social– accesible sólo a la comunicación e inaccesible a cualquier proceso psíquico. Cierto es que los individuos reaparecen en el mundo de la comunicación, pero sólo como construcciones comunicativas, como artefactos semánticos sin correspondencia con la conciencia o con los procesos autopoiéticos del mundo psíquico[51]. Los procesos psíquicos y sociales coexisten: se superponen en sus operaciones; están "acoplados" mediante la sincronización y la coevolución, pero no hay superposición en sus operaciones. No hay sino una simetría de la construcción de la realidad: los procesos psíquicos producen constructos mentales de la sociedad, y los procesos sociales producen constructos comunicativos de la psique.

El tratamiento de estos dos aspectos –la radicalización del constructivismo y la desindividualización del discurso– por parte de *Luhmann*, constituye un desarrollo de lo contenido en las versiones de la epistemología social de *Habermas* y *Foucault*. No obstante, hay un tercer aspecto de la teoría luhmaniana de la autopoiesis que va más allá de la versión frankfurtiana o parisina del análisis del discurso: el concepto de la modernidad como un

---

[49] Para la relación entre la observación individual y social, Cfr. LUHMANN, Niklas; "Individuum und Gesellschaft", en: Universitas 39 (1983), p. 1.; IDEM, "Die Autopoiese des Bewusstseins", en: *Soziale Welt* 36 (1985),p. 402.; IDEM, "The Individuality of the Individual: Historical Meaning and Contemporary Problems", en: T. Heller, M. Sosna, y D.E. Wellbery (eds.) *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Philosophy.* Standford, CA: Standford University Press 1986, p. 313.

[50] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 193ss.; IDEM (como en nota 49), 1986 pp. 172ss.

[51] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 158ss.; IDEM (como en nota 49), 1986 pp. 313ss.

conflicto irreconciliable de diferentes *epistèmes*[52]. Mientras que *Foucault* observa en la historia las rupturas de las formaciones discursivas que imponen un *epistème* paradigmático para toda la sociedad durante una cierta época histórica, interpretando la época moderna como el gobierno de un sugestivo *epistème* "subjetivista" tras la revolución kantiana[53], *Luhmann* contempla la modernidad como una fragmentación de la sociedad en una pluralidad de discursos autónomos, como la multiplicación de *epistèmes* en la sociedad. La característica propia de la sociedad moderna es la pérdida de un modo unitario de cognición. La sociedad se percibe fragmentada en una multiplicidad de redes comunicativas cerradas. Cada una de estas redes construye una realidad propia, en principio incompatible con las construcciones de la realidad de las otras redes. Al mismo tiempo, la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales. Sobre la base de sus códigos y programas específicos, cada red de comunicación especializada produce "personas" –artefactos semánticos de actores individuales– a las cuales atribuye acciones[54]. El "Ser-Múltiple"[55] es el producto de la fragmentación de discursos sociales en la modernidad.

Esta fragmentación de la sociedad en una serie de *epistèmes* diferentes es uno de los puntos fuertes de la teoría de *Luhmann*, pero constituye al mismo tiempo su "punto ciego". El énfasis en la fragmentación, la diferenciación, la separación, la clausura, la autoreferencia de los *epistèmes* sociales, genera una serie de problemas referidos, cuando menos, a cómo puede reconstruirse teóricamente su interconexión, su interferencia, su apertura y su heterorreferencia[56]. A diferencia de *Habermas* y *Foucault*, quienes a toda costa intentan evitar las trampas de la autoreferencia, *Luhmann* afronta con valentía las realidades autoreferenciales en el Derecho y la sociedad. Llega incluso a sostener que el Derecho está fundado en las paradojas de la autoreferencia[57]. Sin embargo, una teoría que trata de manera extensa con

---

[52] LUHMANN, Niklas; "Closure and Openness: On reality in the World of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, pp. 335ss.

[53] FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Caps. 9s.; IDEM, (como en nota 40), Cap. 4.

[54] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 15ss.

[55] ELSTER, Jon; *The Multiple Self.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986; ETZIONI, Amitai; *The Moral Dimension: Toward a New Economics.* New York: Free Press, 1988.

[56] Para una crítica detallada, Vid. TEUBNER, Gunther; "Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation", en : G: Teubner and A. Febbrajo (eds.) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems.* Milano: Giuffrè, 1990.

[57] LUHMANN, Niklas (como en nota 45), 1988, p. 153.

la autorreferencia puede quedar atrapada en última instancia en la clausura autocreada de las construcciones autoreferenciales. Obviamente, el problema que tiene que solventar la teoría de la autopoiesis es el de cómo tratar las interrelaciones entre los diferentes *epistèmes* autónomos, sus conflictos, sus incompatiblidades, sus interferencias[58]. Los temas pendientes para una teoría de *epistèmes* fragmentados son los siguientes: ¿Existe algo parecido a un mínimo epistémico en la sociedad moderna que sirva de base a la autonomización de los discursos sociales? ¿Pueden encontrarse cooperaciones o incluso tendencias coevolutivas entre los *epistèmes* sociales autónomos? ¿O sólo pueden ser conectados a través de una reconstrucción de un *epistéme* dentro del marco de referencia de otro *epistème*? Estas cuestiones reaparecerán cuando examinemos en detalle, sobre la base de la discusión actual, cómo reconstruye una epistemología constructivista del Derecho la cognición jurídica en su conflicto con otros modos de cognición de la sociedad (Vid. Infra VII y VIII).

VI. El Derecho - ¿Un sujeto epistémico?

"*¿Cómo conoce el Derecho?*" En un libro reciente, *Mary Douglas* ha vuelto a plantear la vieja pregunta: *How Institutions Think*[59]. Después de un interesante coqueteo con la "conciencia colectiva" (*collective consciuosness*) de *Emilie Durkheim* y el "pensamiento colectivo" (*Denkkollektiv*), termina finalmente volviendo al viejo individualismo: por supuesto, es el miembro individual de la institución el que piensa y su pensamiento está influido por el contexto institucional. En esta versión de la epistemología social, el elemento social se ve reducido a la socialización del pensamiento individual. Ahí está el quid de la cuestión: el colectivismo está prohibido y el individualismo sobrevive felizmente después de una sana dosis de socialización.

Desde nuestra reconstrucción selectiva de la epistemología social de *Habermas*, *Foucault* y *Luhmann*, el panorama cambia dramáticamente. Así, es cierto que el conocimiento individual está modelado por la socialización a través de instituciones sociales tales como el Derecho (y, en este punto, el constructivismo añadiría que, dado que no hay acceso por parte de la comunicación a la conciencia, la socialización sólo puede entenderse como auto-socialización). Pero esto es sólo la mitad de la historia. La otra mitad es que instituciones tales como el Derecho "conocen" independientemente de

[58] Los primeros pasos en esta dirección en LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988 ; IDEM, "The Coding of the Legal System" en: A. Febbrajo y G. Teubner (eds.) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems.* Milano: Giuffré, 1990.

[59] *How Institutions Think.* Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1986.

las mentes de sus miembros. El Derecho procesa autónomamente información, crea mundos de sentido, fija objetivos y fines, produce construcciones de la realidad y define las expectativas normativas – y todo esto independientemente de las construcciones del mundo que existen en las mentes de los juristas. Semejante epistemología jurídico-constructivista no es ni individualista ni colectivista. No precisa de recurso alguno a los actores e intenciones individuales; al mismo tiempo, no presupone la existencia de una entidad colectiva supra-individual en el sentido de una "conciencia colectiva" o "pensamiento colectivo", el tercer mundo, la conciencia jurídica, el espíritu del mundo (*Weltgeist*)...

El Derecho es comunicación y nada más que comunicación. A partir de esta conceptualización, es posible evitar las trampas del individualismo metodológico que definirían al Derecho como un conjunto de normas que restringen la acción individual y que, aparte de la socorrida frase de las consecuencias no deseadas, carecen de herramienta alguna para analizar la autonomía de lo social, por no hablar del "*propium jurídico"*[60] *(Legal propium*). Del mismo modo, se evitan las trampas del colectivismo que ven al Derecho como un sujeto supra-individual y que no pueden explicar quién es, de hecho, el que actúa en nombre del *Weltgeist*.

La construcción concreta es la que sigue[61]: el Derecho se define como un sistema social autopoiético, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: el Derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas. Por otro lado, las definiciones sociológico-realistas del Derecho que conciben a éste como un sistema de profesionales y organizaciones jurídicas son igualmente problemáticas, en tanto que consideran que los elementos básicos del Derecho y de otras instituciones sociales son los seres humanos. El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho. El Derecho como sistema social autopoiético no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una

---

[60] SELZNICK, Philip; "Law: The Sociology of Law", en: *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1968), pp. 50ss.

[61] Para una discusión elaborada de las características del Derecho autopoiético, Vid. TEUBNER, Gunther ; "Evolution of Autopoietic Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter 1988 b ; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *European Yearbook in the Sociology of Law* 43 (1988); IDEM (como en nota 56), 1990.

red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas.

Las comunicaciones jurídicas son los instrumentos cognitivos mediante los cuales el Derecho, como discurso social, es capaz de "ver" el mundo. Las comunicaciones jurídicas no pueden acceder al mundo real externo, ni a la naturaleza ni a la sociedad. Sólo pueden comunicar algo referente a la naturaleza o a la sociedad. Cualquier metáfora referida a su acceso al mundo real resulta inadecuada. No reciben información del mundo exterior que después filtran y convierten de acuerdo a las necesidades del proceso jurídico. El mundo exterior no instruye en modo alguno al Derecho; sólo existe una construcción del mundo exterior por parte del Derecho. Esto no quiere decir que el Derecho "inventa" arbitrariamente la realidad social. Una perspectiva constructivista no debe ser confundida con el "solipsismo metodológico"[62]; más bien busca un camino intermedio entre el representacionalismo y el solipsismo[63]. El constructivismo jurídico presupone entonces la "existencia" de un entorno para el Derecho. La cuestión no es un aislamiento monadológico del Derecho, sino la construcción autónoma de modelos jurídicos de realidad bajo la impresión de las perturbaciones ambientales. ¡Orden jurídico a partir del ruido social!

Pero entonces, ¿qué ocurre con las percepciones del mundo de los juristas y del resto de la gente? ¿No es acaso su agregación la que forma la visión colectiva del mundo del Derecho[64]? Por supuesto, el proceso comunicativo del Derecho necesita juristas y legos; no funcionaría sin sus intenciones, sus estrategias y sus acciones. Pero sus intenciones ("subjetivas", internas, psíquicas) nunca entran en la comunicación ("objetiva", externa, social) del Derecho. Sólo forman parte de procesos psíquicos, acompañando a los procesos sociales del Derecho y coevolucionando con ellos. El Derecho como sistema comunicativo no es accesible a ninguno de los procesos psíquicos de los juristas. Y viceversa: el Derecho no tiene acceso a los procesos psíquicos. Dichos procesos fungen únicamente como "perturbaciones", como

[62] FODOR, J.A.; "Methodological Solipsism Considered as a Research Strategy in Cognitive Psychology", en *Behavioral Brain Science* 3 (1980), pp. 63ss.

[63] VARELA, Francisco; "Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science", en: P. Livingstone (ed.), *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium.* Saratoga, CA: Anna Libri, 1984.

[64] Cfr. Las objeciones contra el Derecho autopoiético basadas en el actor individual de FEBBRAJO, Alberto; (como en nota 19), pp. 134ss.; KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; (como en nota 19), pp. 157ss.; OST, Francis ; (como en nota 19), pp. 87ss.

"*chocs exogenes*"[65]. Bajo la presión de los mismos, el proceso comunicativo del Derecho construye su propio orden autónomo y crea el mundo del sentido jurídico[66].

Sin embargo, ¿no trata siempre el Derecho –como proceso social– con gente real? ¿No está siendo conducido el Derecho por los motivos, las estrategias y las acciones de clientes, profesionales, jueces y legisladores? ¿No se refiere el Derecho continuamente a los estados psíquicos de los seres humanos, a sus intenciones, objetivos, consentimientos, disentimientos, errores, negligencias? Obviamente sí. Pero las "personas" con las que trata el Derecho como proceso social no son las personas de carne y hueso, no son los seres humanos dotado de una mente y un cerebro. No son los sistemas autopoiéticos psíquicos arriba mencionados. Son meros constructos, artefactos semánticos producidos por el propio discurso jurídico. Las circunstancias psíquicas mencionadas son "en realidad [sic!] constructos de los discursos prácticos, necesarios para la formación de círculos comunicativos, de comunidades discursivas"[67].

Como constructos sociales, las personas son indispensables para la comunicación jurídica, ya que el Derecho, como proceso social, necesita atribuir la comunicación a un actor (individual o colectivo) en aras de continuar su autorreproducción. Pero estos "actores" son únicamente un conjunto de roles (*roles-bundels*), máscaras de personajes (*character-mask*), productos internos de la comunicación jurídica[68]. El mundo jurídico, densamente poblado por personas jurídicas, demandantes y demandados, jueces y legisladores, partes contratantes, corporaciones y Estado, es una invención interna del proceso jurídico. No sólo la corporación, sino cualquier persona jurídica –ya sea individual o colectiva– es aquel famoso "ser artificial, invisible, intangible, que existe sólo en la contemplación del Derecho," descubierto por el juez *Marshall* en el conocido caso *Darmouth College v. Woodward, 4 Wheaton* 518, 527 (1819).

De esta manera, los actores humanos tienen una "doble identidad" en el mundo de la autopoiesis. Mientras que en la existencia social son el pálido constructo de los sistemas sociales autopoiéticos, entre ellos del Derecho, en su existencia psíquica son vibrantes sistemas autopoiéticos. Constituye

---

[65] KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; (como en nota 19), p. 159.

[66] FÖRSTER, Heinz von (como en nota 44), 1981; TEUBNER, Gunther (como en nota 56), 1990.

[67] PIZZORNO, Alessandro; (como en nota 7), p. 9.

[68] Para una elaboración respecto de los actores colectivos, vid. TEUBNER, Gunther (como en nota 4), pp. 133ss.; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *EuropeanYearbook in the Sociology of Law* 43 (1988), pp. 66ss.

un error mayúsculo el sostener, como algunas críticas han hecho, que la autopoiesis deshumaniza a la sociedad[69], que no tiene espacio para los actores y las intenciones[70], que no tiene en cuenta al individuo como sujeto epistémico[71] o que representa una "dehumanisation totale du droit"[72]. El quid de la cuestión no es la supresión del sujeto individual, sino la multiplicación de los centros de cognición. Los discursos sociales son los nuevos sujetos epistémicos que compiten con la conciencia del individuo. En tanto que la autopoiesis insiste en la autonomía epistémica de una multiplicidad de discursos sociales, toma parte en la "descentralización del sujeto", esto es, en alejar al sujeto de su posición privilegiada como centro del conocimiento único y último. Repitiendo lo ya dicho: si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la reproducción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del Derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas.

VII. La trampa epistémica

Mientras que el análisis del discurso en la línea de *Foucault* ve a la época moderna en manos de un *epistème* perverso[73] y considera al Derecho como otra disciplina, como una expresión particular del complejo poder/conocimiento[74], la teoría de la autopoiesis considera que la sociedad moderna está fragmentada en múltiples *epistèmes* autónomos[75]. El discurso jurídico moderno se encuentra de esta manera en un conflicto irreconciliable

---

[69] GRÜNBERGER, Hans; "Dehumanising der Gesellschaft und Verabschiedung staatlicher Souveränität: Das politische System in der Gesellschaftstheorie Niklas Luhmanns", en: I. Fetscher y H. Münkler (eds.) *Pipers Handbuch der politischen Ideen.* München: Piper, 1987.

[70] SCHMANK, Uew; "Der mangelnde Akteurbezug systemtheoretischer Erklärungen gesellschaftlicher Differenzierung – Ein Diskussionsvorschlag", en *Zeitshrift fúr Soziologie* 14 (1985),p. 421; MAYNTZ, Renate; "Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems", en *HiMon-DB* 70. Siegen: Universität 1986; OST, Francis; (como en nota 19), pp. 87ss.; ROTTLEUTHNER, Gerhard ; "Biological Metaphors in Legal Thought", en G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 122

[71] PODAK, Klaus; "Ohne Subjekt, Ohne Vernunft: Bei der Lektüre von Niklas Luhmann Hauptwerk 'Soziale Systeme'", en *Merkur* 7 (1984), p. 734; FRANKENBERG, Ernst ; "Der Ernst im recht", en: *Kritische Justiz* 20 (1987), p. 296.

[72] GRZEGORCZYK, Christophe ; "Système juridique et réalité: Discussion de la théorie autopoiétique du droit", en: *Archive de philosophie du droit* 33 (1989), p. 12.

[73] FOUCAULT, Michael; (como en nota 36), Cap. 2; IDEM, (como en nota 12), Cap. 9.

[74] FOUCAULT, Michael; (como en nota 40), Cap. 4

[75] LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988, pp. 335ss.; IDEM (como en nota 58), 1990.

entre la autonomía y la heteronomía epistémica[76]. La dinámica de la diferenciación social obliga al discurso jurídico a producir construcciones de la realidad propias. Pero esta misma dinámica hace que el Derecho dependa de una multitud de *epistèmes* autónomos que compiten entre sí.

La autonomía epistémica del Derecho deriva de una fragmentación de la sociedad moderna que conduce al Derecho a la cibernética de segundo orden[77]. En la dinámica de la evolución social, las relaciones autoreferenciales se están multiplicando dentro del proceso jurídico y culminando en un vínculo hipercíclico de los componentes del Derecho. El Derecho se vuelve autónomo respecto de la comunicación social general. Se convierte en una red comunicativa cerrada que no sólo produce como elementos los actos jurídicos y como sus estructuras las normas jurídicas, sino que también produce construcciones jurídicas de la realidad. La autonomía del Derecho moderno se refiere, en primer lugar, a sus operaciones normativas: éstas se vuelven independientes respecto de la normatividad moral o política[78]. En segundo lugar, la autonomía se refiere a las operaciones cognitivas del Derecho: bajo la presión de las operaciones normativas, las operaciones cognitivas construyen imágenes propias de la realidad y las desplazan lejos de las construcciones del mundo de la vida cotidiana y de las del discurso científico[79].

En este contexto, *Baudrillard*[80] habla de una "hiperrealidad" como movimiento de una teoría dependiente de la realidad a una realidad dependiente de la teoría. En una reformulación autopoiética se podría describir este proceso como una autonomización de discursos sociales especializados, en la cual las construcciones de la realidad de la comunicación social general están siendo progresivamente sustituidas por las construcciones de la realidad

---

[76] Para dos tipos de conflicto cognitivo entre sistemas sociales, vid. TEUBNER, Gunther (como en nota 47), 1989; IDEM (como en nota 56), 1990.

[77] Para una elaboración vid. DEGGAU, Hans-Georg ; "The Communicative Autonomy of the Legal System" en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p.128; HELLER, Thomas ; "Accounting for Law", en: G: Teubner (ed.), *Autopoitic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 283; LADEUR ; Karl-Heinz ; "Perspectives on a Post-Modern Theory of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 242; TEUBNER, Günther (como en nota 61), 1988, p. 217; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *EuropeanYearbook in the Sociology of Law* 43 (1988), p. 60.

[78] MENGONI, Luigi; "La questione del 'diritto giusto' nella societa postliberale", en *Fenomenologia e Societa Diritto ed Etica Pubblica* 11 (1988), pp. 14ss.

[79] Para una elaboración de los "hechos en el Derecho", vid. NERHOT, Patrick; "The Fact of Law", en: G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter , 1988.

[80] *L'échange symbolique et la mort.* Paris: Gallimard, 1976, Cap. II.

de los discursos especializados. El discurso jurídico inventa una "hiperrealidad" jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana. Es una "efficacité quasi magique", en palabras de *Bordieu*, que el Derecho posee en sus prácticas de "creación del mundo"[81]. *Grzegorczyk*[82] habla de una "hermeneutique officielle du monde" con la que el Derecho organiza el mundo social. "Hechos institucionales" tales como la personalidad jurídica, el contrato y la voluntad son sólo la punta de un iceberg de construcciones jurídicas del mundo que se desliza en el océano de los "hechos brutos" (*brute facts*) de la comunicación social difusa. El discurso jurídico modifica cada vez más el significado de las construcciones cotidianas del mundo, y en caso de conflicto, las sustituye por constructos jurídicos.

Desde una perspectiva constructivista, no hay forma alguna de retar la autoridad epistémica del Derecho; ni pueden las propias realidades sociales, ni el sentido común, ni la observación científicamente controlada. Una epistemología social sobre una base constructivista puede explicar por qué el Derecho parece ser un "discurso que esencialmente se autovalida", del cual debería esperarse que fuera "en gran medida impermeable a otros campos del conocimiento"[83]. Resulta simplemente ingenuo invocar a la propia realidad social contra el conceptualismo jurídico, contra el "cielo de los conceptos jurídicos"[84] o contra el "sinsentido trascendental" del Derecho[85]. Cuando no existe un acceso cognitivo directo a la realidad debemos conformarnos con que discursos distintos compitan entre sí y suministren construcciones de la realidad diferentes. Y todo lo que *Ihering* o *Cohen* pueden ofrecer es su propio sinsentido trascendental en un cielo diferente de conceptos jurídicos. ¿Hay alguna razón para creer que el Derecho libre (*Freirecht*), la jurisprudencia sociológica, o el realismo jurídico han hecho que el discurso jurídico sea más realista? De ningún modo. No han desplazado a los conceptos jurídicos a un punto más cercano a la realidad social "ahí fuera". Únicamente han reemplazado una jurisprudencia conceptual por otra. Los "intereses sociales", los átomos de la jurisprudencia realista, son ficciones

[81] BOURDIEU, Pierre; "La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique" *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 (1986).

[82] GRZEGORCZYK, Christophe (como en nota 72),1989, p. 21.

[83] COTTERRELL, Roger; "Law and Sociology: Notes on the Constitution and Confrontation of Disciplines", en *Journal of Law and Society* 13 (1986), p. 15.

[84] IHERING, Rudolph von; *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.* Leipzig: Breitkopf und Haertel, 1884, p. 245.

[85] COHEN, Felix S.; "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", en: *Columbia Law Review* 35 (1935), p. 809.

irreales, productos semánticos artificiales, en la misma medida en que los "sujetos de Derecho" son los átomos de la jurisprudencia clásica.

La sociología del Derecho y el análisis económico del Derecho, no lo están haciendo mucho mejor cuando pretenden invocar la autoridad de la observación científicamente controlada contra las "mistificaciones" del mundo social que realizan los juristas[86]. Si en algo consiste el constructivismo epistemológico, es en la desacreditación de las pretensiones de la ciencia moderna sobre su acceso privilegiado a la realidad[87]. La ciencia no descubre ningún hecho exterior; la ciencia produce los hechos. "La ciencia construye literalmente nuevos hechos"[88]. El constructivismo radical sostiene que "la ciencia crea una construcción del mundo que está validada por sus propias distinciones y no por el mundo como tal. Así, la ciencia no puede reclamar la autoridad de descubrir el acceso único y correcto al mundo real que después comunica a los demás"[89]. Si confiamos en las reconstrucciones constructivistas del proceso científico, entonces el célebre experimento controlado no es lo que pretende ser, esto es, una prueba de una teoría interna frente a la realidad exterior, sino que es una mera prueba de coherencia interna, al comparar dos constructos producidos de acuerdo a dos requisitos procedimentales diferentes: la lógica del razonamiento teórico y la lógica del laboratorio.

A este respecto conviene poner un ejemplo: en lo que se refiere a la relación entre organización y acción colectiva, la teoría de las ciencias sociales no es en modo alguno superior a la doctrina jurídica referida a la relación entre corporación y personalidad jurídica; ambos son artefactos discursivos cuya construcción no es arbitraria, sino que se encuentra guiada racionalmente por códigos y programas específicos. De manera similar, los hechos empíricos sobre las disfunciones en la vida organizativa, hechos puros (*hard facts*) que son producidos por la investigación científicamente controlada, no son en modo alguno más "verdaderos" que los hechos jurídicos referidos a la vulneración de deberes corporativos, los cuales han sido producidos bajo la dirección de las reglas jurídicas de la prueba. En ambos casos, los procedimientos y convenciones racionales de la investigación fáctica, conducen a

---

[86] Vid. p.ej. AUBERT, Vilhelm; (como en nota 18), pp. 117ss.;IDEM, *In Search of Law: Sociological Approaches to Law.* Oxford: Robertson, 1983, PP. 98ss.; ROTTLEUTHNER, Hubert; "Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag", en: E. Blankenburg, E. Klausa y H. Rottleuthner (eds.) *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht.* Opladen:Westdeutscher Verlag, 1980, pp. 137ss., para la sociología; ADAMS, Michael; *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung,* Heidelberg: Decker y Schenk, 1985, para la economía

[87] BLOOR, David; (como en nota 10); BARNES, Barry; (como en nota 11).

[88] ARBIB, Michael A y HESSE, Marry B (como en nota 48), 1986, p. 10

[89] LUHMANN, Niklas; "Wissenschaft". Bielefeld: Manuscrito, pp. 2 y 9.

afirmaciones empíricas respecto de la realidad. Sirven de evidencia "fuerte", que confirma o refuta las pretensiones "débiles" basadas en la especulación teórica o en la argumentación jurídica. Y si estos hechos empíricos entran en conflicto unos con otros –lo cual no es tan raro–, entonces no existe una superioridad de los constructos científicos sobre los legales, como algunos sociólogos quisieran ver[90]. La autoridad epistémica es reclamada por ambos discursos, el científico y el jurídico –además con razón. Lo que un realista ingenuo llamaría una observación de "hechos", es, en ambos casos, la producción de artefactos cuya verdad está garantizada por los procedimientos formalizados de investigación de los hechos, procedimientos que difieren considerablemente del Derecho a la ciencia. Estos procedimientos son a su vez convenciones –en ningún caso arbitrarias–, esto es, selecciones estructurales que reflejan las elecciones hechas a lo largo de la historia del discurso científico y jurídico[91].

La autoridad epistémica del discurso jurídico es un hecho innegable de la sociedad moderna, habiendo encontrado ésta nuevas vías y medios para adaptarse a la existencia de múltiples verdades – verdad científica, verdad jurídica, verdad política. La cosa juzgada es el clásico ejemplo de un conflicto institucionalizado entre los hechos jurídicos y los hechos científicos. Incluso si puede probarse científicamente que una afirmación respecto a los hechos de un procedimiento es flagrantemente falsa, dicha afirmación por parte del Tribunal –y lo que es peor, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales– no será reversible, salvo contadas excepciones rigurosamente definidas, a menos que se cumplan los requisitos procesales oportunos y se agoten las vías procedimentales. Obviamente, los hechos científicos colisionan con los hechos jurídicos; pero estamos acostumbrados a vivir con esta colisión, razonándola mediante la invocación de valores superiores tales como la certidumbre jurídica, o apelando al relativismo de nuestras provincias culturales.

Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla. El notorio "jurista como tal" de *Winscheid*, constreñido por la ley de la diferenciación social a no "preocuparse por consideraciones éticas, políticas o económicas"[92], se ve

[90] OPP, Karl-Dieter; Soziologie im Recht. Reinbeck: Rowohlt, 1973.

[91] Por lo tanto, el relativismo que resulta de discursos sociales diferentes no es un relativismo del "anything goes". Es un relativismo que invita a "elevar el estatus de otras 'mitologías' mediante una investigación más cuidadosa de sus credenciales metodológicas y cognitivas" y a examinar "los varios tipos de criterios de aceptación que pueden ser aplicados a diferentes tipos de modelos y mitos construidos" (ARBIB, Michael A y HESSE, Marry B (como en nota 48), 1986, p. 10.

[92] WINSCHEID, Bernhard; "Die Aufgaben der Rechtswissenschaft", en: B. Winscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen.* Leipzig: Duncker, 1904.

forzado, por la misma Ley, a abandonar dicha constricción y a incorporar estas consideraciones no jurídicas en el seno de su razonamiento autónomo. Esto es lo que yo denominaría la "trampa epistémica" del Derecho moderno. El Derecho se ve forzado a producir una realidad jurídica autónoma, no pudiendo al mismo tiempo inmunizarse a sí mismo frente a las conflictivas realidades producidas por otros discursos sociales.

La razón subyacente de esta confusión es la "interferencia", esto es, la difusión mutua del Derecho y de otros discursos sociales[93]. Este es uno de los problemas que supone un mayor reto para la teoría de la autopoiesis, si es que ésta pretende evitar las falacias del solipsismo y el monadismo (vid. supra V). Si bien el discurso jurídico está cerrado en su propia autorreproducción, no produciendo sino sus propias construcciones de la realidad, continúa tratándose de comunicación social. En consecuencia, utiliza las construcciones sociales de la realidad generales e influye en la comunicación social mediante sus construcciones específicas del mundo. Todo acto jurídico es simultáneamente –*uno actu*– un suceso de la comunicación social. Un mismo evento comunicativo está, por lo tanto, vinculado a dos discursos sociales: al especializado e institucionalizado discurso del Derecho y al difuso y generalizado discurso de la comunicación social. La interferencia del Derecho y de otros discursos sociales no significa que éstos se fusionen en un supra-discurso multidimensional, ni implica que la información se intercambie entre ellos. Más bien, la información se constituye de nuevo en cada discurso y la interferencia contribuye únicamente a la simultaneidad de los dos eventos comunicativos[94]. De esta manera los constructos jurídicos se ven expuestos a los constructos de otros discursos de la sociedad, particularmente a los de la ciencia. Se ven expuestos a un test de "coherencia social" que reemplaza la antigua ficción del test de correspondencia con la realidad externa.

En el mundo de las comunicaciones no jurídicas, los constructos jurídicos pierden inevitablemente en esta "carrera" epistémica. Aquí es la ciencia la que tiene la ventaja de haberse especializado en procedimientos de operaciones puramente cognitivas. El Derecho, por el contrario, hace uso de las operaciones cognitivas sólo de manera secundaria y, en consecuencia, ha amoldado los procedimientos de cognición a un contexto institucional diferente. Pero en el mundo de la comunicación jurídica ¿qué aspecto tiene esta situación competitiva en el ámbito de los tribunales, oficinas jurídicas y cámaras legislativas? Aquí el discurso jurídico reclama poder "esclavizar" las operaciones jurídicas de acuerdo con el contexto normativo y el propósito

[93] Cfr. MENGONI, Luigi (como en nota 78), 1988, p. 23.

[94] Para los detalles, vid. TEUBNER, Gunther; (como en nota 47), 1989; TEUBNER, Gunther (como en nota 56), 1990.

institucional. Los modelos "empíricos" de la comunicación jurídica sujetan firmemente los modelos "estratégicos" y "operativos"[95]. Sin embargo, es el propio contexto institucional del proceso jurídico el que produce una contradicción interna. Mientras que, por un lado, requiere construcciones propias de la realidad generadas a través de la comunicación jurídica, por otro lado fuerza a la comunicación jurídica a reconstruir los constructos científicos de la realidad y, en estos casos, a exponer –incluso dentro del imperio del Derecho– los constructos jurídicos a la autoridad "superior" de la ciencia. El carácter conflictivo de los procedimientos legales –tanto de los jurisdiccionales como de los legislativos y doctrinales– obliga al discurso jurídico a examinar todo nuevo conocimiento producido fuera del mundo jurídico únicamente si resulta "relevante" al Derecho. Este test de relevancia (relevancia para el código del Derecho y para los programas vigentes del Derecho) es un proceso de "reconstrucción" del conocimiento social en el interior del Derecho. Cualquier jurista en ejercicio que no cuestiona la prueba de autos a la luz de nuevos métodos de investigación científica, actuaría contra sus intereses y vulneraría sus deberes profesionales. En el proceso legislativo, la oposición cuestionará las medidas legales en un tema como la legislación sobre sanidad, en cuanto exista una prueba científica que asegure que el supuesto nexo entre una enfermedad y ciertos factores causantes no existe. Por último, los analistas económicos del Derecho hacen trizas su más aclamada reputación cuando informan al Tribunal de sus ingenuos modelos precientíficos del comportamiento humano y proponen alternativas científicamente probadas.

La trampa epistémica del Derecho moderno constituye, consecuentemente, un reto de primera magnitud tanto para la doctrina jurídica como para la teoría y la sociología del Derecho. De manera incansable, la doctrina aparece –a través de las voces de los jueces y los profesores universitarios– con propuestas positivas referidas a cómo escapar de esta trampa. La teoría del Derecho intenta contribuir, de manera reflexiva, a ampliar las vías de escape, generalizando soluciones particulares e importando conocimiento coadyuvante de otras disciplinas. La sociología positiva del Derecho, estudia celosamente las correlaciones entre cierta semántica jurídica y el contexto sociocultural más extenso. Sigue siendo un privilegio de los estudios de la teoría del Derecho crítica, el deshacer aquellos intentos que pretenden, mediante un despiadado análisis deconstructivo, demostrar a los juristas que se encuentran todavía en la vieja trampa.

---

[95] Para una elaboración de las restricciones mutuas entre los diferentes modelos internos del mundo exterior, vid. TEUBNER, Gunther; "Generalklauseln als sozio-normative Modelle", en: H. Stachowiak (ed.), *Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel.* Bd. 1. München: Fink und Schöningh, 1982, pp. 96ss.

VIII. Vías de escape

El renunciar a la autoridad epistémica sería, al menos en parte, la forma más fácil, para el discurso jurídico, de evitar esta serie de inconvenientes. De hecho, el propio *Luhmann*, quien probablemente subestima la posibilidad de un conflicto de autoridad entre *epistèmes* sociales, parece estar a favor de esta solución cuando exime al Derecho de tener que reexaminar cada día interpretaciones y constructos científicos tales como "mujer", "capacidad del cilindro", "habitante", "*thallium*". "Dichas cuestiones sobre la existencia de las mujeres, ...etc., pueden ser dejadas de lado o reconducidas a la filosofía"[96]. Desgraciadamente, no existe una separación tan tajante entre espacios sociales. Más aún, con tal división de trabajo entre discursos sociales no se explotaría la riqueza del concepto de autopoiesis y tendría que afrontarse la evidencia empírica contraria. En la práctica diaria de la toma de decisión jurídica, el Derecho se ve continuamente forzado a decidir, de manera autónoma, sobre cuestiones cognitivas respecto a la investigación científica o al sentido común que se encuentran supuestamente dentro de su competencia. Si el contexto normativo del Derecho requiere afirmaciones cognitivas en materias específicas, entonces resulta cierto que el Derecho puede comenzar sus operaciones con la comprensión propia del sentido común y con la referencia a la ciencia. Pero en cuanto estas afirmaciones cognitivas resulten controvertidas en el proceso jurídico –y este es el caso de cuestiones políticas y jurídicas "candentes"– entonces el Derecho no puede seguir dejándolas de lado o referirlas a la filosofía. En ese momento, *hit et nunc*, el proceso jurídico tiene que ofrecer una serie de procedimientos para zanjar estas divergencias. Además, tiene que tomar una decisión basada en una determinación jurídica de dichas cuestiones, incluso si son controvertidas o de hecho no-determinables en las ciencias. De manera particular, los conflictos políticos y jurídicos en el área de Derecho del medio ambiente, los cuales requieren un gran conocimiento técnico y científico aparte del mundo jurídico, muestran hasta qué punto las decisiones jurídicas tienen que basarse en una valoración específicamente jurídica de las controversias científicas, o ser tomadas –sin guía alguna– en función de los resultados científicos[97].

La otra gran vía de escape es la integración del Derecho y las ciencias sociales. En vez de separar claramente los ámbitos de la cognición jurídica

---

[96] LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988, p. 340.

[97] Cfr. Para la situación en Alemania, KITSCHELT, Herbert ; *Der ökologische Diskurs: Eine Analyse von Gesellschaftskonzeptionen in der Energiedebatte.* Frankfurt: Campus, 1984; WOLF, Der Stand der Technik. Opladen: Westdeutscher Verlagg, 1986; WINTER, Gert; "Die Angst des Richters bei der Technikbewertung", en: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 20 (1987), pp. 425ss.

de los de la cognición científica, se supone que el discurso jurídico incorpora cierto conocimiento social en sus construcciones del mundo, y que revisa permanentemente los modelos jurídicos de la realidad social de acuerdo a la acumulación de conocimiento en las ciencias sociales. Desde los tiempos de *Ihering*, *Geny* y *Pound* hasta las variaciones más recientes de los movimientos "sociología jurídica", "análisis económico del Derecho", ..etc, este ha sido el mayor reto intelectual del pensamiento jurídico moderno.

¿Qué es lo que la epistemología jurídica puede aprender de casi cien años de experiencias con el Derecho y las ciencias sociales? Pese a que el pensamiento de las ciencias sociales ha tenido bastante éxito en lo que a la influencia de la práctica social se refiere[98], las grandes expectativas que la ilustración jurídica generó en el ámbito académico han sido defraudadas en las salas de vistas. La psiquiatría, la sociología, el análisis político y el análisis económico se han introducido con éxito en el campo jurídico, si bien ello no ha tendido como resultado un mayor grado de isomorfía del Derecho y de la realidad social que tuviera como consecuencia unas políticas jurídicas más racionales. Más bien, la ilustración de la ciencia social ha terminado en una serie de consecuencias no previstas: la producción de artefactos híbridos de estatus epistémico ambiguo y consecuencias sociales desconocidas.

La "ponderación de intereses", por ejemplo, es el sorprendente éxito de la "jurisprudencia sociológica" en reemplazar el razonamiento jurídico formalista de derivación conceptual[99]. Hoy en día, la ponderación de intereses domina las tomas de decisión en los Tribunales: éstos analizan los conflictos jurídicos en términos de los intereses sociales subyacentes que entran en conflicto, y después los "ponderan" entre sí, o de acuerdo con ciertos estándares que infieren de los objetivos legislativos expresados en un contexto que admite la comparación. Pero ¿qué tiene de sociológico este tipo de jurisprudencia sociológica? Ningún sociólogo se atrevería a seguir a los juristas en sus intentos de conceptualizar, operacionalizar e identificar empíricamente aquel fenómeno denominado "interés social" que predominantemente aparece en las decisiones jurídicas (p.ej. los intereses jurídicos de los acreedores, los deudores, los vecinos, las empresas, las regiones, los Estados). Y eso por no hablar de los métodos jurídicos de la "ponderación". Simplemente hay demasiadas suposiciones normativas, tanto implícitas

[98] vid. p.ej. COTTERRELL, Roger; *The Sociology of Law: An Introduction.* London: Butterworths, 1984, pp. 253ss.

[99] Para un análisis reciente de la praxis alemana y francesa en el Derecho administrativo y su sofisticada interpretación, vid. LADEUR, Karl-Heinz; *"Abwagung" – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus.* Frankfurt: Campus, 1984, pp. 11ss., 57ss.

como explícitas, basadas en una compleja red de consideraciones jurídico-dogmáticas que forman parte del interés del análisis jurídico. Dicho de manera sencilla, el análisis del interés jurídico no puede ser legitimado desde el punto de vista de las teorías o métodos sociológicos. En la práctica, el "análisis del interés" es la nueva jurisprudencia de conceptos, que originalmente dependía de los constructos de las ciencias sociales, pero que lleva ganando autonomía desde hace bastante tiempo. Pudiera muy bien ser que el "análisis del interés" contenga elementos de una nueva racionalidad jurídica[100]. Pero con certeza éstos difieren de los objetivos originales de la jurisprudencia sociológica, y evolucionan mediante la experimentación institucional, no mediante la incorporación del conocimiento sociológico.

En el análisis de políticas ocurre algo semejante. Básicamente se trata de un método de tomas de decisión inspirado por el uso instrumental del conocimiento de la ciencia social[101]. Las instrucciones consisten en definir los objetivos que se permiten en el proceso político, determinar las condiciones fácticas de la situación regulada, escoger entre los instrumentos de regulación de acuerdo al conocimiento nomológico respecto de las relaciones fin / medio, tomar en cuenta los efectos colaterales y, si es posible, aprender de la práctica referida a las consecuencias no previstas y a los efectos perversos. Pero, ¿qué es lo que la praxis jurídica ha hecho de esta "jurisprudencia racional"? Los juristas simplemente han desplazado sus métodos escolásticos de razonamiento dogmático, del nivel de las normas al nivel de las "políticas", fines, objetivos y principios. Han suplantado así el análisis científico-social por la oscura hermenéutica de la interpretación "teleológica". El control de las consecuencias jurídicas se ha convertido, en la práctica, en una caricatura del análisis causal científicamente controlado y que está apoyado por las pruebas empíricas[102]. Lo que cuenta como consecuencia relevante de una norma o decisión jurídica dogmáticamente deducida, viene definido de manera circular por la propia doctrina. Así, la doctrina, que debería estar controlada inicialmente por sus consecuencias sociales, las controla ahora a ellas. Más aún, el cálculo racional de las consecuencias probables en la toma de decisión resulta ser, en la práctica, una proyección del sentido común de los jueces. Además, el control de las consecuencias sólo es tomado en serio

---

[100] En términos de flexibilidad, apertura y capacidad de aprendizaje, Vid. LADEUR, Karl-Heinz; (como en nota 98), pp. 216ss.

[101] Para una declaración reciente, vid. ALBERT, Hans; "Law as an Instrument of Rational Practive" en: T.C. Dainith y G. Teubner (eds.) *Contract and Organization: Legal Análisis in the Light of Economic and Social Theory,* Berlin: de Gruyter, 1986, pp. 34ss.

[102] En Alemania cfr. el vivo debate respecto del control de las consecuencias (*Folgenkontrolle*) LUHMANN, Niklas; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik.* Stuttgart: Kohlhammer, 1974; LÜBBE-WOLFF,Gertrude; *Rechtsfolgen und Realfolgen.* Freiburg: Alber, 1981.

al nivel de las normas jurídicas, no al nivel de las decisiones individuales. Estas últimas, en la práctica, nunca son reversibles si el cálculo de las consecuencias resulta ser erróneo. De nuevo nos encontramos, no ya con la ciencia social en el Derecho, sino con un tipo de doctrina jurídica que ha reemplazado los anticuados derechos y deberes por los nuevos constructos jurídicos denominados "políticas".

Y se podría continuar con la "pobreza de la psiquiatría". Puede concebirse que, desde el punto de vista de la ciencia positivista, un experto en psiquiatría dé una opinión de cómo distinguir, abstractamente y/o concretamente, entre culpabilidad y causalidad[103]. Pese a que desde un punto de vista científico, cualquier noción de culpa individual no es sino una "cuestión trans-científica" –esto es, cuestiones que no pueden ser contestadas por la ciencia[104]– los psiquiatras forenses dan habitualmente este tipo de opiniones porque permiten que el Derecho "esclavice" los conceptos básicos de su disciplina.

El "análisis económico del Derecho" es un campo de batalla algo más reciente en la carrera epistemológica. Todavía está por ver si el imperialismo económico prevalece o si, por el contrario, el dogma jurídico coloniza el pensamiento económico. De manera especial, los conceptos analíticos de la economía llevan a cabo, en manos de los juristas de corte economicista, un cambio sutil –en ciertas ocasiones no tan sutil– hacia constructos normativos que sirven de piedra angular a los edificios de la dogmática jurídica. Si, por ejemplo, se examina la nueva literatura económica del Derecho sobre la empresa como un nexo de contratos[105], ¿qué queda de los principios metodológicos de la experiencia, la refutabilidad de las implicaciones y la exposi-

---

[103] vid. p.ej. PRINS, H. ; *Offenders, Deviants or Patients? An Introduction to the Study of Socio-Forensic Problems.* London:Tavistock, 1980, Cap. 2.

[104] vid. WEINBERG, Alan M.; "Science and Trans-science", en, *Minerva* 10 (1972),p. 209; MAJONE, Giandomenico; *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process.* New Haven: Yale University Press, 1989; IDEM, "Process and Outcome in Regulatory Decision-Making", en: C.H.Weiss and A. Barton (eds.), *Making Bureaucracies Work*. Beverly Hills: Sage, 1979, pp. 3ss.

[105] P.ej. ALCHIAN, Armen A. y DEMSETZ, H.; "Production, Information Cost and Economic Organization" en: *American Economic Review* 62 (1972), pp. 777ss.; FAMA, Eugen F. y JENSEN, F.; "Agency, Problems and Residual Claims" en: *Journal of Law and Economics* 26 (1983), pp. 327ss ; CLARK, "Agency Costs Versus Fiduciary Duties", en: J.W. Pratt y R.J. Zeckhauser (eds.) *Principals and Agents: The Structure of Business.* Boston: Harvard Business School Press, 1985; SCHANZE, Erich; "Potential and Limits of Economics Analysis: The Constitution of the Frim", en: T. Dainith and G. Teubner (eds.) *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 1986 ; IDEM, "Contract, Agency, and the Delegation of Decision Making", en: G. Bamberg and K. Spreman (eds.), *Agency Theory, Information, and Incentives*. Berlin: Springer 1987; ROOS, Carl Martin (com en nota 6), 1988.

ción a la falsación empírica? El trabajo del juez *Easterbrook* "Corporations as Contracts", es, en todo caso, un prototipo de la ortodoxia ideológica, la rigidez doctrinal y la inmunización conceptual frente a la experiencia contradictoria.

Estos comentarios un tanto polémicos no debieran ser malentendidos. No pretenden defender, por intenciones ulteriores, la pureza de la conceptualización dogmática frente al abuso estratégico por parte de juristas. Por el contrario, deberían demostrar que los constructos de la ciencia social no sólo son transformados o distorsionados, sino que son constituidos de nuevo en caso de incorporarse al discurso jurídico[106]. No son importados al Derecho llevando la etiqueta de "fabricado por la ciencia", sino que son reconstruidos dentro de la red operativamente cerrada de las comunicaciones jurídicas. Esto les proporciona un sentido muy diferente al de las ciencias sociales. La "investigación revisada para la aplicación" (*revidierte Verwendungsforschung*) no piensa de manera suficientemente radical pese a los avances logrados[107]. Se diferencia de la antigua "ingenua" investigación para la aplicación en el hecho de que no habla sólo de una "aplicación" del conocimiento científico-social en la praxis jurídica, sino de una "transformación". Sigue operando con conceptos como "transformación", "cambio", "contextualización" o "trivialización", sin llegar a dar verdaderamente el paso hacia la nueva construcción en virtud de la interferencia. La fórmula de "desaparecer" sigue siendo la mejor.... Tampoco resulta suficiente considerar que se trata de un mismo objeto, que, de acuerdo a diferentes intereses y métodos disciplinares, es contemplado desde ángulos diferentes[108]. Esto sería presuponer una realidad subyacente capaz de unificar los diversos aspectos que se acentúan en las diferentes disciplinas, y de decidir sobre los conflictos entre descripciones distintas. Más bien, las diferencias radican en

---

[106] "Mucho depende de percibir que la autonomía del Derecho no yace en su libertad frente a la influencia de causas e influencias externas sino en la forma en la que las incorpora y responde a ellas" (NELKEN, David; "Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Irrelation", en: I. Dennis, (ed.), *Criminal Law and Criminal Justice*. London: Sweet and Maxwell, 1987, pp. 139ss.).

[107] BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichenWissens.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, pp. 20ss; RONGE, Volker; "Verwendung sozialwissenschaftlicher Ergebnisse in institutionellen Kontexten", en: BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichenWissens.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989; LUCKE, Doris; Zu diesem Heht: 'Verwendung soziologischen Wissens in juristischen Zusammenhängen', en: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9 (1988), pp. 121ss, 126ss.

[108] AUBERT, Vilhelm; (como en nota 18), p. 117; IDEM (como en nota 86), 1983, pp. 98ss.; ROTTLEUTHNER, Hubert (como en nota 86), 1980, pp. 137ss.

las propias realidades, las cuales son producidas por diferentes discursos y no pueden ser ni unificadas ni reconciliadas.

En consecuencia, la incorporación del conocimiento de la ciencia social no es realmente una vía de escape a lo que hemos denominado la trampa epistémica del Derecho moderno. No sólo no resuelve el conflicto entre las realidades jurídicas y las científicas, sino que añade una nueva realidad que no es ni una pura construcción jurídica ni una científica. Los constructos de la jurisprudencia sociológica, el análisis económico del Derecho, la "politología jurídica" y demás, son criaturas híbridas, producidas en el seno del proceso jurídico con la autoridad prestada de las ciencias sociales. Sin embargo, la autoridad y la responsabilidad epistémicas no están del lado de las ciencias sociales, sino del lado del Derecho. Es la praxis del discurso jurídico, y no el discurso científico, la que decide sobre su "verdad", su adecuación social, su viabilidad. Por ejemplo, tanto ciertos constructos psicoanalíticos como algunos modelos plenamente deterministas en psicología nunca serán constructos viables en un mundo jurídico, basado sobre las premisas de la culpabilidad y la responsabilidad individual. O remitiéndonos a otro campo, el relativo éxito del análisis económico del Derecho comparado con la jurisprudencia sociológica, probablemente no tiene nada que ver con los valores intrínsecamente "científicos" de los modelos involucrados, sino con su afinidad estructural con la doctrina jurídica tradicional[109]. Si cuando los Tribunales consideran cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la negligencia, la política pública, lo justo o las características del "hombre razonable", hacen referencia a las "normas sociales", una conceptualización sociológica requeriría tiempo, energía y dinero para una investigación empírica más extensa, mientras que una conceptualización económica requiere, en términos de costes de transacción, sólo una silla. Ello no radica en el mayor poder de convencimiento del criterio de la eficiencia frente a las normas sociales, puesto que las "normas sociales", como indica *Hayek*[110], pueden legitimarse normativamente, de manera igualmente plausible, como resultado eficiente de un proceso colectivo de aprendizaje. Por el contrario, a una contemplación económica, deben parecerle mucho más eficientes los modelos de comportamiento que evolucionan a largo plazo en el mercado, que los esfuerzos entrecortados del juez por simular modelos de comportamiento eficientes *ad hoc*.

---

[109] NELKEN, David; "The Truth about Law's Truth" en: *European Yearbook in the Sociology of Law,* 1990.

[110] HAYEK, Friedrich A.; (como en nota 13).

IX. La procedimentalización del conocimiento

Sería errado considerar que la incorporación del conocimiento social es "irracional". Dada la tensión inmanente entre las realidades científicas y jurídicas y la autoridad de las ciencias modernas, parece bastante razonable que el Derecho intente hacer que los constructos jurídicos de la realidad sean, al menos, compatibles con los desarrollos recientes de la ciencia. A este respecto, el Derecho se asemeja a la Religión[111]. De manera semejante, tanto para el dogma jurídico como para el teológico, debe advertírseles de que tienen que mantener compatible el mundo de la fe con el mundo de la verdad científica. Sin embargo, hay algo más en la integración del Derecho y las ciencias sociales que el mero hacer compatibles construcciones del mundo contradictorias. Debe admitirse que el movimiento del "Derecho y las ciencias..." tiene efectos beneficiosos para la calidad de la toma de decisión, en términos de Justicia y Utilidad, en el Derecho moderno. Los resultados científicos más recientes de las ciencias sociales, y el cambio permanente que representan, pueden servir de "*variety pool*" para la innovación jurídica. Representan una fuente extraordinariamente rica para la continua reconstrucción del mundo jurídico, la cual es únicamente comparable con la riqueza que yace en los motivos de litigio que generan los conflictos jurídicos. Sin embargo, lo que les ocurre a esos constructos una vez que entran en la escena jurídica, no está en manos de las ciencias sociales. La selección y la retención de estas variaciones es tarea de la evolución jurídica.

Hoy en día existen señales de que esta reconstrucción jurídica del conocimiento científico, en caso de llevarse demasiado lejos, se vuelve peligrosa en sí misma. En el área de Derecho del medio ambiente, *Gerd Winter*[112], por ejemplo, percibió un crecimiento en la "ansiedad del juez" respecto del asesoramiento sobre riesgos técnicos y otro tipo de incorporaciones jurídicas de descubrimientos científicos. Y todo ello junto con una tendencia a reducir el margen de las cuestiones jurídicamente relevantes. Esto se asemeja a un retorno a la vía de escape mencionada en primer lugar, en el sentido de una oscilación permanente entre la autonomía y la heteronomía epistémica. Sin embargo, existen otros intentos de adaptarse a esta situación: son experimentos con una tercera vía de solución, una especie de camino entre medias de las dos vías de escape. Los intentos más prometedores pueden resumirse de la siguiente forma: El Derecho no puede querer acaparar plena autoridad y la responsabilidad epistémica por las construcciones de la realidad involucradas,

---

[111] Para una perspectiva constructivista del conflicto entre ciencia y religión, vid. ARBIB, Michael A. y HESSE, Mary B. (como en nota 48), 1986, pp. 16ss., 197ss.

[112] (como en nota 97), 1987, pp. 425ss.

pero al mismo tiempo no puede delegar totalmente la autoridad epistémica en los otros discursos sociales. Más bien, como condición previa para la incorporación del conocimiento social, el sistema jurídico define ciertos requisitos fundamentales en relación con el procedimiento y el método cognitivo.

Esta tendencia se ha reflejado dramáticamente en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán referida a la codeterminación (*Mitbestimmung*) en las organizaciones económicas (*BverGE* 50, 290). Durante años, los constitucionalistas han juzgado la constitucionalidad de la participación del empleo sobre la base de sus efectos económicos – en términos de la eficiencia de la compañía, del estado de la economía de la Alemania Occidental, y de su posición respecto de la competencia internacional. De esta manera los actores colectivos involucrados, esto es, las empresas, las asociaciones de trabajadores, los sindicatos, el gobierno y el Parlamento habían preparado en sus cartas unas construcciones jurídicas de la realidad con escenarios detallados sobre las consecuencias socioeconómicas de la codeterminación, tanto con consecuencias catastróficas como beneficiosas, dependiendo de lo que fuera apropiado para su posición[113]. A mayor abundamiento, los expertos en economía y sociología han sido movilizados en ambos bandos. El tribunal se negó a tomar una postura sustancial en este escenario sobre posibles consecuencias y se remitió a la decisión "procedimental". En vez de confirmar o rechazar las construcciones de la realidad, el Tribunal localizó los riesgos de información y predicción entre los actores colectivos involucrados –entre ellos el propio tribunal– y creó un nuevo deber para el Legislador: hacer retroceder sus decisiones si las predicciones en las que estaban basadas resultaran ser falsas[114].

Las transformaciones socio-estructurales salen al encuentro de dichas tendencias jurídicas. Desde hace años puede observarse un proceso de "cientificización" (*Verwissenschaftlichung*) de las decisiones institucionales. En este proceso los actores colectivos crean sus propias capacidades de investigación para producir un conocimiento aplicable políticamente[115].

---

[113] Vid. BADURA et al. ; *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten.* München: Beck, 1977, pp. 137ss., 246ss.; KÜHLER et al.; *Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe.* Baden-Baden: Nomos 1978, pp. 35ss., 99ss., 145ss., 197ss.

[114] Para un análisis en profundidad de dicha procedimentalización del conocimiento institucional, vid. WIETHÖLTER, Rudolph (como en nota 29), 1985; IDEM (como en nota 29), 1986; IDEM, "Proceduralization of the Category of Law", en: C. Joerges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989; FREY, Reiner; (como en nota 29), 1989, pp. 103ss.; Cfr. También MAJONE, Giandomenico; "Process and Outcome in Regulatory Decision-Making", en: C.H.Weiss and A. Barton (eds.), *Making Bureaucracies Work*. Beverly Hills: Sage, 1979; IDEM (como en nota 104), 1989.

[115] Cfr. BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.) (como en nota 107), 1989, pp. 31ss.; RONGE, Volker (como en nota 107), 1989, pp. 338ss.

Sólo en la República federal existen hoy en día "cientos de productivos institutos para recoger información y analizar datos. A saber, los departamentos de investigación y planeamiento que hay en las grandes firmas técnicas, nacionales y transnacionales, en los grandes bancos, en las organizaciones empresariales y sindicatos, partidos y fundaciones públicas, en los ministerios federales y regionales, las autoridades europeas y otras autoridades internacionales, en los grandes periódicos y medios de comunicación, en la planificación urbana y regional, en los clubes nacionales e internacionales y las comunidades ideológicas de diferentes tipos, en las organizaciones privadas y las semi-públicas y en los centros de documentación"[116]. Las tendencias de los tribunales a la procedimentalización pueden edificarse sobre semejante producción plural de conocimiento por parte de las instituciones sociales. En un número significativo de sentencias recientes esta tendencia se ha visto incrementada: hay que abstenerse de las construcciones materiales de la realidad y procedimentalizar la solución jurídica. Hay que delegar la autoridad epistémica en diferentes actores colectivos, esto es, en las agencias administrativas, las compañías privadas, los sindicatos, las instituciones de investigación, las asociaciones de intereses, las organizaciones gubernamentales, el Parlamento y los tribunales. Deben localizarse los riesgos de información y predicción, definir procedimientos y métodos y decidir qué actor colectivo debe soportar "la carga de la prueba" por las construcciones de la realidad. Por último deben definirse las responsabilidades por los fallos en la información y la predicción[117] .

Hasta cierto punto una perspectiva constructivista favorecería los intentos de procedimentalizar el conflicto entre la autonomía y la heteronomía en el Derecho moderno. De hecho, si las correspondientes teorías de la verdad tienen que ser reemplazadas por las teorías del consenso o de la coherencia, si la autoridad de la ciencia se basa sólo en sus procesos de validación, si los contextos institucionales –como el Derecho– están condenados a la autonomía epistémica y no puede recurrir a autoridades externas, entonces la atención práctica y teórica tiene que dirigirse a los procedimientos jurídicos que dictan los presupuestos, el contenido y las consecuencias de las construcciones institucionales de la realidad. Éstos serán conducidos, con toda seguridad, a la pregunta de si el Derecho puede darse por satisfecho con la corrección, "procedimental" y ocasional, de la producción de conocimiento por parte de las instituciones sociales vinculadas a intereses. Aquí deben

[116] BÜHL, Walter; "Zwischen Offenheit und Richtungslosigkeit: Zur Situation der Zukunftsplannung in der Bundesrepublik Deutschland" en: *Der Staat* 28 (1989), pp. 525, 527ss.

[117] Vid. para el Derecho del medio ambiente, *BverGE* 49, 89; para del Derecho corporativo, *BverGE* 72, 155; para el derecho de propiedad, *BverGE* 74, 264.

dibujarse coaliciones totalmente nuevas entre el Derecho "imparcial" y la ciencia "neutral". ¿Acaso es este un nuevo movimiento pendular en la oscilación epistémica permanente?

¿Debe ser acaso la procedimentalización del conflicto de conocimiento entre el Derecho, la ciencia y las instituciones sociales la "verdad sobre el Derecho" en palabras de *David Nelken*[118]? ¿O solamente "la verdad del Derecho"? ¿O incluso "la verdad sobre la verdad del Derecho"? *Nelken* formula, con razón, una serie de preguntas que critican dicha procedimentalización del conflicto de conocimiento a través del Derecho. Sin embargo, tengo la impresión de que la búsqueda del propio *Nelken* de una "tercera posición", de una meta-teoría que debería desarrollar criterios neutrales para la solución del conflicto epistémico, resultan simplemente inútiles bajo las condiciones de la modernidad. La fragmentación de los discursos priva de toda competencia a un único centro de cognición para toda la sociedad. Eso no excluye, sin embargo, que el mismo discurso jurídico desarrolle, dentro de sus propios límites operacionales, una "tercera posición", una meta-dogmática jurídica que desarrolle reglas de colisión para el conflicto de conocimiento entre Derecho y ciencia. La práctica centenaria del Derecho de colisión (*Kollisionsrecht*) en el tráfico jurídico-privado de las naciones conoce una forma de pensamiento similar: el desarrollo de un meta-Derecho nacional para la regulación del conflicto entre el Derecho nacional y el extranjero. El Derecho parece estar en condiciones de poder operar en, y pese a, una situación paradójica, a saber, el regular, a través de una "tercera posición" internamente desarrollada, su propio conflicto con un mundo externo[119]. El nuevo reto del Derecho consiste en que las fronteras tradicionales entre territorios nacionales son reemplazadas, en la sociedad mundial actual, por las nuevas fronteras entre discursos sociales inconmensurables, entre los cuales juegan un papel fundamental el derecho y la ciencia[120]. La procedimentalización sería sólo una de las múltiples "soluciones" posibles del conflicto epistémico. Con ello el Derecho practicaría de hecho algo que *Gründen Arnaud*[121] ha prohibido por razones lógicas: estaría simultáneamente "en la escena y en el balcón". Esto suena paradójico y contradictorio. ¿Yace "la verdad del Derecho sobre la verdad y el Derecho" en que los discursos sociales autónomos están cautivos en

[118] NELKEN, David (como en nota 109),1990.

[119] Análisis muy detallados en WIETHÖLTER, Rudolph (como en nota 114), 1989.

[120] Sobre ello, algunas particularidades en TEUBNER, Gunther; (como en nota 47), pp. 123ss.

[121] ARNAUD, André-Jean; « La distinction 'interne-externe' », en : *Droit et Societé* (1986), p. 139.

un juego interminable de observaciones recíprocas, y que el Derecho, en virtud de su racionalidad procedimental, juega un papel independiente en este juego?

(Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez)

AUTONOMÍA Y UNIDAD EN EL CONOCIMIENTO JURÍDICO*

Guillermo Lariguet**
Universidad de Córdoba

"Es pues indispensable que lleguemos a convencernos de que todas las ciencias están tan íntimamente relacionadas, que más fácil es aprenderlas todas a la vez que aprehender una sola, separándola por completo de las demás". Descartes, René: *Reglas para la Dirección del Espíritu,* Versión original (1701), Porrúa, México, 2000, p. 96.

1. Introducción

Mi propósito central en este trabajo consiste en indagar el uso que los juristas hacen de la idea de autonomía en la elección de *sistemas normativos aplicables* y los conflictos posibles que esta idea tiene con la idea de unidad. Aunque ambas ideas, autonomía y unidad, son usadas por los juristas con múltiples y diversos significados, la distinción básica que tendré en cuenta será la siguiente: autonomía y unidad conceptual (para el ámbito del conocimiento jurídico) y autonomía y unidad normativa (para el ámbito del objeto del conocimiento jurídico). La autonomía referida al conocimiento jurídico presupone la existencia de conceptos relacionados

---

* Este trabajo es producto de mi tesis doctoral (aún no concluida) "Problemas de Autonomía y Unidad en el Conocimiento Jurídico" (bajo la dirección del Profesor Ricardo Caracciolo). Muchos problemas que aquí no serán tratados se encuentran en ella; por ejemplo, la reconstrucción de las nociones de disciplina, interdisciplina, interteoría, la vinculación de estas nociones con el problema del objeto, método y aparatos conceptuales de las dogmáticas, los distintos usos de las nociones de autonomía y unidad, la relación de estas nociones con los procesos de constitucionalización del derecho, codificación y descodificación, etc., A su vez, este trabajo configura un extracto de un trabajo mayor "Acerca de la Noción de Interdisciplina en el Conocimiento Jurídico" (inédito). Este extracto fue expuesto en el XI Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho de Vaquerías (2002).

** Conicet. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. U. N. Córdoba, Argentina. Deseo agradecer las detalladas observaciones que los Profesores Ricardo Caracciolo, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez, Paolo Comanducci, Jorge Cerdio Herrán hicieron a los borradores previos de este trabajo. A ellos deben añadirse las observaciones puntuales que los Profesores Eugenio Bulygin, Ricardo Guibourg y Ricardo Guarinoni me formularon con motivo de su exposición en Vaquerías. Los errores que pudiesen persistir en el trabajo son de mi entera responsabilidad.

sistemáticamente[1] (teorías jurídicas); mientras que la autonomía referida al objeto del conocimiento jurídico presupone la existencia de normas relacionadas sistemáticamente (sistemas normativos). Por supuesto: el carácter sistemático en ambos casos se encuentra "implícito" y, por ello, su explicitación depende de una reconstrucción conceptual determinada[2].

Las ideas de autonomía y unidad conceptual son versiones de las nociones de autonomía disciplinar e interdisciplina o, con mayor rigor, de las nociones de teoría y relaciones interteóricas. La idea es que los conflictos posibles que estas dos ideas mantienen en el ámbito del conocimiento jurídico están fuertemente relacionados con los conflictos que se plantean en el ámbito del objeto de ese conocimiento: los sistemas normativos.

Estos conflictos pueden originarse en la existencia de situaciones factuales que sean descriptas de manera diversa (sea que estas descripciones formen parte de las teorías dogmático-jurídicas, sea que estas descripciones formen parte del antecedente (o supuesto de hecho) de las normas jurídicas. En ambos casos, las descripciones son o no son distintas porque el empleo de los conceptos con que caracterizo esas situaciones factuales repercute en la identificación conceptual de casos idénticos o distintos.

El problema es que si a partir de las situaciones factuales incluidas en el antecedente de las normas reconstruyo casos idénticos, podría generarse un problema difícil: que un mismo caso sea solucionado con normas que lleven a resultados diferentes. De aquí surge la relevancia de los conceptos construidos por los juristas. Esta relevancia se muestra diáfanamente en que del hecho de que un mismo término (por ejemplo, el término 'ambiente') se exprese con el mismo lenguaje en sistemas normativos diferentes (por ejemplo en el derecho civil, penal y ambiental) ello no impide que este término pueda ser reconstruido conceptualmente en casos idénticos o distintos que conduzcan a procesos judiciales que, según el concepto del que se parta, lleven a resultados idénticos o distintos.

Para desarrollar el propósito central de este trabajo, la estructura expositiva será la siguiente. En primer lugar, mostraré sucintamente de qué manera los juristas usan sus teorías al momento de delimitar conjuntos de casos y normas admisibles para resolverlos. La idea es que el uso de las teorías (sea

---

[1] La parte conceptual de una teoría se complementa con una parte descriptiva que presupone una relación sistemática entre proposiciones. Para esta cuestión puede verse Aarnio, Aulis: "On Changes in the Systematics of Law", Rechstheorie, 11, 1986, pp. 161-170; Alchourrón, Carlos: *"*Systematization and Change in the Science of Law*",* Rechststheorie 11, 1986, pp. 171-184 ; Frändberg, Ake: "An Essay on the Systematics of Legal Concepts", Scandinavian Studies in Law, Vol. 31, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1987, pp. 83-115.

[2] Véase Guibourg, Ricardo: "El Papel de las Teorías en la Cultura Jurídica de Nuestro Tiempo", en *Pensar en las Normas,* Eudeba, Bs As, 1999, p. 171.

en forma descriptiva o sea en forma práctica) *dota de racionalidad* a esta instancia y por ello debería ser posible *encontrar* maneras de controlar racionalmente proposiciones descriptivas o prescriptivas del tipo "en el caso C es aplicable la Norma N" o "en el Caso C 'debe' ser aplicable la Norma N". La cuestión del control racional es un problema abierto todavía en la ciencia jurídica y en la epistemología en general. No me ocuparé de él aquí *directamente,* pero sí de dos aspectos con los que se encuentra relacionado. El análisis de estos dos aspectos constituye un paso previo a la discusión del problema del control racional de estas proposiciones. El primer aspecto estará referido a discutir las relaciones posibles entre sistemas normativos y sistemas teóricos y, por lo tanto, discutir las relaciones entre los componentes "descriptivos" y "prácticos" del conocimiento jurídico. Estas relaciones no son pacíficas y explican en parte la dificultad de analizar el problema del control racional de las proposiciones arriba mencionadas. Para esta discusión tomaré un ejemplo del derecho tributario y lo examinaré desde tres alternativas metateóricas distintas. Aunque en la discusión del primer aspecto se encuentra presupuesto un análisis de los posibles conflictos que las ideas de autonomía y unidad mantienen entre sí con relación a los sistemas normativos que deben considerarse aplicables, el análisis explícito de estos conflictos integrará el segundo aspecto que me propongo considerar. Estos conflictos son expresiones de *desacuerdos*[3] entre los juristas; desacuerdos que parecen explicar el supuesto *carácter conflictivo* de la ciencia jurídica[4]. El análisis de los desacuerdos es importante para la discusión del

[3] Estoy pensando en los de índole semántica y axiológica. Ambos desacuerdos conspiran contra la posibilidad de lograr unificaciones mayores en los ámbitos del conocimiento jurídico y su objeto. Con respecto a los primeros, un ejemplo ilustrativo lo suministra Sucar con respecto a la 'teoría del dolo' en la dogmática civilista argentina, donde el término 'dolo' se vincula con tres significados diferentes que son producto de tres teorías jurídicas diferentes, las teorías del "cumplimiento de las obligaciones", "hechos ilícitos" y "vicios de la voluntad". Cfr. Sucar, Germán: "Niveles de Análisis en la Teoría del Derecho", Inédito. Los desacuerdos axiológicos, surgidos en hipótesis de lagunas axiológicas o de contradicciones pragmáticas, se relacionan con normas reconstruidas como "principios jurídicos", donde lo que se debate es qué principio permite reconstruir al "derecho" bajo su mejor aspecto.

[4] Carácter "conflictivo" que parece constituir un rasgo acusado de la "ciencia del derecho´" *qua* ciencia social. De esta manera, la situación de la ciencia del derecho tiene un "parecido de familia" con la situación que Geertz describe para otra ciencia social como la antropología caracterizada más por "el refinamiento de los desacuerdos que por el perfeccionamiento de los acuerdos". Geertz, Clifford: "Thik Description: Toward an Interpretative Theory of Culture", en *Readings in the Philosophy of Social Sciences,* Edited by Michael Martin and Lee C. McIntyre, A Bradford Book, MIT Press, 1994, p. 230. El ejemplo de Geertz al caracterizar la antropología resulta muy ilustrativo. Después de todo, los antropólogos y los juristas comparten -y discuten- problemas similares, formulados en preguntas como las siguientes: ¿cuál es la manera más "fiable" de 'explicar' o 'describir' una práctica social? ¿Observando? ¿Participando? Este mismo tipo de preguntas enfrenta a los juristas; enfrentamientos que son explicitados a

control racional porque ellos parecen presuponer la existencia de múltiples y diversos criterios sobre normas y sistemas normativos aplicables. La existencia de esta multiplicidad de criterios suele generar dos reconstrucciones filosófico-jurídicas que se encuentran conectadas con un debate epistemológico general. Según la primera, debemos ser modestos y considerar que la racionalidad de una proposición es *relativa* al criterio escogido por el jurista (relativismo epistemológico[5]). Según la segunda, debe ser posible reconstruir una *doctrina unificada de estos criterios de aplicabilidad*[6] y encontrar una *racionalidad común* a todas las proposiciones (racionalismo epistemológico).

Por lo ya expuesto no me demoraré en estas cuestiones y, como es obvio, no examinaré todos los tipos de desacuerdos que los juristas mantienen. Solo me concentraré en un desacuerdo relacionado con una laguna normativa. A tal efecto analizaré un caso de embargo y trataré de mostrar cómo de la defensa de la autonomía o su negación depende la posibilidad o imposibilidad de reducciones intersistemáticas[7] en los dos niveles descriptos anteriormente (objeto de conocimiento y conocimiento).

2. El uso de las teorías jurídicas para delimitar casos y normas

Los juristas emplean sus teorías con múltiples funciones. Una de ellas consiste en usarlas para precisar el antecedente de la norma (que describe cierto hecho que puede representarse por una variable, por ejemplo, p) a partir del cual es posible construir casos caracterizados por ciertas propiedades. La interpretación de p es relevante porque repercute en la determinación de las *circunstancias fácticas* del problema normativo. En tal sentido resulta

---

través de los debates metateóricos o *filosóficos* como los que mantienen Hart y Dworkin. Para Hart, los juristas *practican* satisfactoriamente su labor teórica cuando se constriñen a describir la práctica de los participantes; para Dworkin, cuando se enderezan a justificar bajo la mejor teoría político-moral posible, la práctica de los participantes. Los sociólogos (Giddens, Anthony y Turner, Jonathan. H: "Introducción", en *La Teoría Social Hoy,* Alianza, Madrid, 1995, pp. 9-21), los historiadores (White, Hayden: *Metahistoria,* FCE, Bs As, 1998, pp.11;31), etc., mantienen desacuerdos prácticamente idénticos. Tras las discusiones sobre cómo delimitar su objeto de conocimiento, cómo determinar una base empírica o cómo explicar mejor un fenómeno, suelen encontrarse desacuerdos de esta índole, especialmente dos tipos de desacuerdos que en la práctica forman un continuo: desacuerdos epistémico normativos (cómo debería ser el mejor modelo explicativo) y desacuerdos político-normativos (por ejemplo, cómo debería ser "modificada" la sociedad).

[5] Morey, Patricia: "Racionalismo y Relativismo de la Explicación. Hacia el Pluralismo", MS, Inédito.

[6] Véase Navarro, Pablo; Orunesu, Claudina; Rodríguez, Jorge y Sucar Germán: "La Aplicabilidad de las Normas Jurídicas", Analisi e Diritto, 2000, p. 152.

[7] Véase Nickles, Thomas: *"*Two Concepts of Intertheoretic Reduction*",* The Journal of Philosophy, Vol. LXX, Nº 7, 1973, p. 184.

admisible pensar, como Navarro y Rodríguez, que "la calificación normativa de una acción (por ejemplo, Oq) es *sensible* a la variación del *contexto fáctico* en que se trama el problema normativo". Es decir, "el status normativo de una acción puede variar cuando *se modifica* el conjunto de casos considerados, aun cuando las normas del sistema permanezcan constantes"[8].

Como intentaré mostrar cuando discuta un problema de embargo, el *cambio de niveles de casos está* relacionado directamente con la capacidad de los sistemas normativos de resolver en forma completa o coherente los problemas normativos.

En otras palabras, la interpretación de p como una "condición de aplicación" *suficiente o no suficiente* es relevante para determinar si el status deóntico de una acción determinada (por ejemplo, q) es derrotado o se mantiene. Y la interpretación de p como condicional de aplicación derrotable o no derrotable depende intrínsecamente *del modo en que los juristas usen sus teorías* al momento de reconstruir el problema normativo, su contexto fáctico y las normas aplicables[9]. Entonces, la tarea dogmática de interpretación de p se realiza con la ayuda de conceptos y teorías jurídicas. Esta tarea es importante y puede volverse sofisticada[10] cuando el antecedente de la norma contiene conceptos abiertos o potencialmente abiertos. Esta tarea es relevante para identificar *las normas con las que se construirán los microsistemas que resuelvan los problemas así como las combinaciones de normas que se consideren admisibles* para responder al problema normativo[11]. Esto es así porque el producto de la asignación de significados a estos componentes puede ser útil para suministrar criterios de elección de las *normas internamente aplicables* al problema normativo; estos criterios, en principio, son los significados de estos componentes. Digo "en principio" porque

---

[8] Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge: "Derrotabilidad y Sistematización de Normas Jurídicas", Isonomía, Nº.º13, México, 2000, p.65.

[9] A los fines del presente trabajo presupongo la *tesis normal* según la cual una norma N es aplicable si N pertenece al Derecho x y es internamente aplicable. No es mi pretensión discutir en este contexto los problemas que surgen para esta tesis.

[10] Que consiste en utilizar las teorías para reconstruir conjuntos de casos posibles y normas aplicables. Conforme esta idea las teorías jurídicas tienen una función "mediadora" que se interpone entre el contenido genérico de las normas y los casos posibles a los que se aplican las normas. Esta idea está arraigada en la dogmática fuertemente. Véase, por ejemplo, Bacigalupo, Enrique: *Principios de Derecho Penal,* Akal ediciones, Madrid, 1994, p. 12.

[11] De manera que los juristas emplean sus teorías no sólo para sistematizar sino para identificar las normas que integrarán esos sistemas. Es esto lo que lleva a algunos filósofos a sostener que una adecuada reconstrucción filosófica del empleo del "método jurídico de conocimiento" comprende no sólo la sistematización sino la identificación de las normas que se sistematizarán. Cfr. Aguiló Regla, Josep: *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico),* Ariel, Barcelona, 2000, p. 147.

para determinar las normas aplicables los juristas pueden usar sus teorías no para elucidar el significado de los componentes de la norma sino para determinar la fuerza justificatoria (o 'force') de las normas[12]. Gran parte de los desacuerdos que los juristas mantienen en el interior de una disciplina dogmática determinada o entre disciplinas dogmáticas diversas se basa, para seguir el vocabulario de Dworkin, en la existencia de *concepciones divergentes* acerca de estos dos aspectos[13].

3. Las relaciones entre sistemas normativos y sistemas teóricos

Como sugerí en las secciones anteriores, los sistemas normativos están fuertemente correlacionados con los sistemas teóricos pues las teorías colaboran en la determinación de los casos y sistemas normativos admisibles para ellos. En ocasiones, estos últimos son imperfectos debido a la existencia de defectos semánticos[14], lógicos[15] o axiológicos[16]. Tratándose de sistemas normativos que se aplican al mundo, la existencia de estos defectos es una posibilidad inerradicable. El carácter imperfecto o potencialmente imperfecto de los sistemas normativos hace difícil saber cuándo los juristas usan sus teorías de manera descriptiva o práctica.

En otras palabras, es difícil saber dónde termina lo teórico y dónde comienza lo práctico. Para entender *cómo ante estas imperfecciones los juristas usan sus teorías* pensemos en un caso en que el fisco procure gravar la deuda de una sociedad x. Supongamos que la legislación tributaria contiene un concepto de pasivo supuestamente aplicable a este caso particular; concepto que constituye el cimiento en que el fisco fundamenta su pretensión. La sociedad puede creer que este cimiento no es sólido. La razón de esta creencia se basa en el hecho de que la legislación tributaria no tiene un concepto muy preciso de pasivo y en este caso existen dudas acerca de si este concepto tributario de pasivo se aplica o no a este caso. Supongamos que las mismas normas del sistema tributario admiten la posibilidad de una

---

[12] Para una revisión "interna" del positivismo a partir de esta propiedad enfatizada por Dworkin, puede verse Waluchow, Will: *Inclusive Legal Positivism,* Oxford University Press, Oxford, 1994, 42-46.

[13] Dworkin, Ronald: *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986, pp. 70-72.

[14] Por ejemplo, lo que Alchourrón y Bulygin denominan "lagunas de reconocimiento". Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* Astrea, Bs As, 1987, pp. 61-65.

[15] Por ejemplo, lo que Alchourrón y Bulygin (op.cit., pp. 41-49) denominan "lagunas normativas".

[16] Por ejemplo, lo que Alchourrón y Bulygin (op.cit., pp. 156-167) denominan "lagunas axiológicas" (o "ideológicas" o "políticas" en la jerga de los juristas).

búsqueda de conceptos de pasivo en otros sectores normativos. Supongamos que el derecho civil tenga un concepto más preciso y que una reconstrucción dogmática conduzca a negar autonomía conceptual al derecho tributario y, en consecuencia, permita reducirlo conceptualmente a un sistema de derecho civil.

En el caso examinado, la existencia de una laguna de reconocimiento en el sistema tributario habilitó la negación de autonomía de éste y la reducción de este sistema a un sistema de derecho civil con un concepto de pasivo preciso. La existencia de una laguna de reconocimiento en un sistema habilitaría la sustitución de éste por otro sistema que carezca de este defecto. Los juristas tributaristas podrían haber evitado esta reducción ofreciendo una definición estipulativa de pasivo que incluyera la deuda de la sociedad. Como toda estipulación presupone una proposición analítica que, como tal, expresa una verdad necesaria, este procedimiento, que Alchourrón y Bulygin llaman de "subsunción genérica", habría evitado en forma inobjetable la reducción[17].

Frente a esto, es posible que la *división de las dogmáticas en disciplinas* que se consideran "autónomas" obedezca al propósito de delimitar un conjunto de reglas semánticas que impidan que, por simple estipulación, un caso sea subsumido en una norma con consecuencias determinadas (por ejemplo, en una norma del derecho civil que excluya la posibilidad de gravamen de la deuda). Es probable, también, que la autonomización de disciplinas (y la disputa entre disciplinas dogmáticas) no obedezca pura y exclusivamente a la delimitación de reglas semánticas sino a ciertos *propósitos valorativos*[18] que los dogmáticos creen que deben ser perseguidos (por ejemplo que los gravámenes son necesarios para el sostenimiento de la administración del Estado).

En cualquier caso, ambos tipos de autonomía (de reglas semánticas y propósitos valorativos) son los escollos que una empresa filosófica de unificación *total*[19] del derecho y del conocimiento del derecho debe enfrentar.

---

[17] Permitiendo la aplicación del sistema tributario. Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: "Los Límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 304-309.

[18] La repercusión de estos propósitos se hará más clara cuando en la próxima sección trate el problema del conflicto entre sistemas y la existencia de principios axiológicos que, de acuerdo con estos propósitos, los juristas usan para identificar estos sistemas.

[19] La objeción común contra la utilidad y posibilidad racional de una unificación de esta clase se basa en el dato efectivo según el cual los juristas trabajan sobre problemas normativos limitados que no exigen una empresa de unificación total sino la construcción de sistemas parciales para resolver esos problemas. Con independencia de esta objeción creo que esta empresa

Pero dejemos estas cuestiones a un lado y formulemos la siguiente pregunta: cuando los juristas autonomizan un conjunto de casos y normas aplicables ¿a qué ámbito refieren esta autonomización? ¿A las normas? ¿A los conceptos? La pregunta intenta sugerir la existencia de una *correlación estrecha* entre sistemas normativos y teóricos en la práctica efectiva de conocimiento[20]. Esta correlación podría expresarse del siguiente modo: "la autonomización de normas presupone el uso de conceptos dogmáticos, pero para autonomizar estos conceptos el jurista parte de las normas que debe autonomizar".

Este razonamiento podría hacernos pensar que el ideal de completitud, en este caso semántico, se aplica a dos dominios que en la práctica están fuertemente relacionados: el del conocimiento del derecho y el del objeto de conocimiento. En este sentido, aunque es analíticamente posible encontrar distinciones entre ambos sistemas, pareciera que son siempre los sistemas normativos (y no los sistemas teóricos) los que resultan *prioritarios* para el examen de coherencia o completitud. Pero aunque fuese correcto afirmar que esta prioridad y estrecha relación son síntomas de la naturaleza genuina del derecho entendido como el *resultado de una práctica compleja* construida conjuntamente por legisladores, dogmáticos y jueces, no sería verosímil pensar que la existencia de un defecto en un sistema normativo, por ejemplo una laguna de reconocimiento, se extrapola inmediatamente a un sistema teórico correlativo. Así, en el caso de la deuda de la sociedad, puede ser correcto afirmar, a la vez, que el sistema normativo tributario no contenía una norma que regulase de *manera precisa* este caso pero que la dogmática tributarista disponía de una teoría del concepto de pasivo. ¿Pero es esta 'teoría' descriptiva de una norma? Conceder a esta pregunta una respuesta afirmativa resulta problemático porque existen dudas acerca de si tal norma del sistema normativo tributario es o no aplicable; dudas que condicionan la aplicación del principio de bivalencia. Sobre la base de las normas de *este sistema* no es posible *decidir* si la norma es o no aplicable. Entonces, ¿qué sentido tiene afirmar que la teoría del concepto de pasivo es *descriptiva de una norma*?

---

tiene algunos sentidos que, reconstruidos, pueden tornar manejable la empresa. Sin embargo, no desarrollaré en este trabajo esa reconstrucción.

[20] Robustecida, entre otras cosas, por lo que sostiene Caracciolo: "la identificación entre ciencia jurídica y objeto de conocimiento se plantea cuando la cuestión de los fundamentos del conocimiento y la idea de sistema que la acompaña se disuelven tradicionalmente en el problema de los fundamentos de las normas, que vendrían a constituir el material de conocimiento jurídico". Cfr. Caracciolo, Ricardo: "Los Fundamentos del Derecho y los Fundamentos del Conocimiento del Derecho", Crítica, México, Vol. XI, Nº.31,1979, pp. 38-39.

A esta afirmación podría objetársele que, sí es verdad que existe una *correlación fuerte* entre sistemas normativos y sistemas teóricos, sí es verdad que son los sistemas normativos los que interesan prioritariamente y sí es verdad que el sistema normativo tributario tiene una laguna de reconocimiento, el sistema teórico no puede ser descriptivo de una norma, a menos que contenga una proposición normativa falsa que afirme que tal laguna no existe en el sistema normativo. Bajo esta proposición se encontraría un procedimiento de "modificación" del sistema normativo tributario.

Esta objeción es importante porque permite mostrar la existencia de una concepción que presupone el carácter puramente "reflejo" y "subalterno" de los sistemas teóricos en la "ciencia del derecho". Esto es así porque, de acuerdo con esta objeción, si los sistemas normativos son incompletos, por reflejo, los sistemas teóricos, en cuanto tales, sólo deben constreñirse a registrar estos defectos de los sistemas normativos. Tras esta objeción se encuentra una posición positivista[21] para la cual las teorías jurídicas son instrumentos observacionales de registro de la existencia de sistemas normativos y defectos relativos a estos sistemas[22]. Esta posición puede ser cuestionada sosteniendo la afirmación fuerte según la cual, ante imperfecciones semánticas, lógicas o axiológicas relativas a sistemas normativos determinados, los juristas no usan sus 'teorías' en forma observacional sino práctica. Pero aunque se admita que el carácter observacional de las teorías jurídicas constituye un *rasgo típico* y *prominente* de ellas, la afirmación fuerte puede ser sustituida por otra más débil. Esta última afirmación puede sostener que las teorías jurídicas intervienen no sólo ante imperfecciones de los sistemas normativos sino en su misma *constitución.* La idea es que los sistemas normativos constituyen materiales "brutos"[23] que el jurista termina de moldear con sus conceptos. Por consiguiente, los 'sistemas normativos' son *productos* de *tareas interpretativas* en las que los juristas rara vez prescinden de sus conceptos o teorías[24].

Ante los razonamientos anteriores pareciera que la idea de correlación fuerte entre sistemas normativos y teóricos especula con la existencia de dos grandes dificultades ya indicadas en la introducción: por una parte, la

---

[21] Como creo que es la sostenida, por ejemplo, por los Profesores Alchourrón y Bulygin.

[22] Como he tratado de mostrar en "La Reconstrucción de las 'Teorías Dogmático-Jurídicas' como "Cálculos Interpretados". El problema del carácter empírico de la identificación de normas" (trabajo premiado en el 2001 por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho). Será publicado en el Anuario Nº.2 (2002) de la Asociación.

[23] Tanto más si se admite que este material está compuesto, *ab initio,* por "formulaciones normativas" y no por normas.

[24] Y si esto se admite, se vuelve problemático determinar los criterios que permitan distinguir cuándo el jurista *conoce neutralmente* el derecho y cuándo lo *modifica.*

dificultad de distinguir en la práctica efectiva de conocimiento entre los componentes "teóricos" y "prácticos", por otra parte, la dificultad de caracterizar en qué consisten estos componentes[25]. Para poder entender mejor estas dificultades, los juristas podrían proponer las siguientes tres alternativas metateóricas.

La primera alternativa podría sostener que el carácter "teórico" de este sistema es *dudoso.* Esta duda surge del hecho de que no sabemos si la identificación de la "relevancia" del caso de pasivo, dudosamente previsto, es de carácter "descriptivo" o "prescriptivo". Esta duda es destacada por Caracciolo. Aunque él piensa en el problema de las lagunas normativas y mi ejemplo en lagunas de reconocimiento, pienso que sus razonamientos pueden ser esclarecedores para la cuestión que intento discernir. Para Caracciolo el principal problema "consiste en saber si la expresión "relevante" puede ser usada descriptivamente en relación a los casos no previstos". Una respuesta negativa, argumenta Caracciolo, implica, en principio, que no es posible formular un juicio del tipo "el caso C es una laguna en el sistema S" sin presuponer un juicio de valor a tenor del cual es posible formular el enunciado prescriptivo "el caso C *debe ser* relevante en el sistema S" que equivaldría, entonces, a "el caso C debe estar previsto normativamente en S". "A la inversa, si se pudiera utilizar de manera descriptiva el calificativo "relevante" con respecto a casos no previstos, estos dos enunciados prescriptivos no serían equivalentes; el último vendría a tener un mero signifi-

[25] Ambas dificultades son las que vuelven problemáticos los diversos intentos de *clasificar* la dogmática bajo el canon de otras ciencias (empírico-formales, por ejemplo). Bajo este canon se ha distinguido analíticamente entre las proposiciones descriptivas y justificatorias de una teoría jurídica, sosteniendo que sólo las primeras son racionalmente controlables. Aunque no voy a discutir aquí los presupuestos de esta afirmación, pienso que es necesario encontrar y discutir maneras de controlar racionalmente proposiciones justificatorias. Para realizar estas tareas puede ser inadecuado sostener a priori la falta de carácter "teórico" o "científico" de estas proposiciones. En todo caso, prefiero dejar abierta esta cuestión sugiriendo que ella podría ser explorada con herramientas distintas a las ofrecidas tradicionalmente por la filosofía analítica, por ejemplo, con herramientas de la filosofía pragmatista (Véase, por ejemplo, Putnam, Hilary: *El Pragmatismo* (especialmente el artículo sobre "La Vigencia de William James", Gedisa, Barcelona, 1999; también *Razón, Verdad e Historia,* (especialmente el Cap. VI), Tecnos, Madrid, 1988). El pragmatismo ha insinuado que existen muchos casos en que los enunciados factuales y evaluativos se compenetran. Esta compenetración (o continuidad) no significa que la intención del pragmatismo sea negar la posibilidad y utilidad de distinguir analíticamente, esto es, por definición, el status de uno u otro enunciados. La idea del pragmatismo es que los enunciados evaluativos no remiten a entidades que hagan imposible encontrar algún tipo de control racional. Esta sugerencia puede explicar porqué pienso que se puede discutir en términos pragmáticos el "dogma" según el cual proposiciones "prescriptivas" de lege o sententia ferenda (como las que subyacen a la teoría de la alternativa tres, no puedan, al menos, contar con algún tipo de control racional).

cado técnico: el caso en cuestión debe estar previsto si se quiere alcanzar el ideal puramente racional de la completitud"[26].

Por su parte, la segunda alternativa podría sostener que la teoría es "conceptualmente" *cognoscitiva* pero en un sentido inocuo para la práctica dado que si mantenemos el status epistémico "descriptivista" de la teoría, el concepto dogmático de pasivo no podría ser usado como la "solución formalizada" de un caso *regulado en forma dudosa* por las normas. Con esto no quiero decir que del hecho que un sistema normativo contenga una laguna se sigue que una teoría jurídica la contenga. Si el sistema tributario S tiene una laguna porque no tiene una norma que regule el pasivo, podría ocurrir que el sistema teórico tributario T sí tenga una respuesta para ese caso, respuesta incluida en su concepto de pasivo. Pero aquí nos enfrentamos a la objeción que presenté con respecto al sentido de la afirmación según la cual, frente a un sistema normativo defectuoso por razones semánticas, lógicas o axiológicas, un sistema teórico contiene "respuestas" que *resuelven descriptivamente* los problemas normativos para los cuales un sistema normativo contiene respuestas contradictorias o carece de respuestas (prescriptivas) o existen dudas sobre cuáles son esas respuestas. Uno podría sostener que estas respuestas de las teorías jurídicas carecen de rasgo "descriptivo". La teoría es usada para modificar el sistema normativo tributario S agregando por medio de conceptos una norma que regule esa situación de pasivo. Este agregado no elimina la existencia de laguna; el agregado presupone un procedimiento que integra una laguna previamente descripta y el resultado de esta integración modifica ese sistema, produciendo un nuevo sistema que lo sustituye (donde el defecto desaparece). Pero en el modelo descriptivista, si la respuesta es "teórica", el concepto de pasivo de la teoría *no podría ser usado* para colmar la laguna, al menos no en nombre de una "ciencia" (según la visión de este modelo descriptivista de ciencia)[27]. En todo caso, la teoría contaría con una *parte puramente descriptiva* que permitiría afirmar que en el sistema normativo S existe una laguna y la *parte conceptual* quedaría inhabilitada en este modelo, sería inocua para la práctica. Si es claro lo que intento expresar, este modelo descriptivista es *demasiado restringido* y *no da cuenta de cosas importantes que los juristas hacen con sus teorías*; para esto es posible usar otro modelo (el justificacionista) que presupone *otra consideración de las teorías científico- sociales no positivista*[28]. Pe-

[26] Caracciolo, Ricardo: "El Concepto de Laguna. Descripción o Prescripción", en *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho,* Fontamara, México, 1994, p. 30; Rodríguez, Jorge: "Axiological Gaps and Normative Relevance" (uso la versión no publicada).

[27] Por ejemplo, la visión proyectada por Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia,* Traducción de Genaro Carrió, Eudeba, Bs As, 1994, p. 306.

[28] En este análisis me parece trivial discutir la cuestión terminológica de si esta concepción debiera abandonar el uso de la expresión 'teoría'.

ro antes de optar por este modelo podría ser propicio considerar una alternativa adicional para defender el modelo descriptivista, afirmando que tiene perfecto sentido pensar que un sistema teórico tributario sea descriptivo de una norma mientras que el sistema normativo de origen no contenga esa norma o existan dudas sobre qué norma contiene. Como se recordará, este sistema remitía, en caso de laguna, a *otros sistemas* que contuviesen una definición de pasivo que permitiera identificar una norma para el caso. Siendo así, podría darse la situación en que el dogmático tributarista realizara una reconstrucción teórica que incluyera proposiciones normativas sobre normas de estos otros sistemas y, por este motivo, su teoría fuera descriptiva pese a los defectos del sistema original. Este sistema teórico podría representarse del siguiente modo:

En el derecho tributario existe una laguna de reconocimiento con respecto a si el concepto de pasivo de este sistema puede aplicarse o no a la deuda de una sociedad x

En casos de laguna el derecho tributario remite a sistemas de derecho civil

En el derecho civil el pasivo de una sociedad está definido por las propiedades p, q y r,

Existe una norma en el derecho civil que prescribe que los casos de pasivo definidos por estas propiedades deben quedar excluidos de cualquier gravamen fiscal,

La deuda de la sociedad x queda cubierta conceptualmente por las propiedades p, q y r,

---

La deuda de la sociedad x no puede ser gravada por el fisco

Dado que el sistema normativo tributario contiene una laguna, el jurista puede *construir una teoría* (como la arriba ejemplificada) que le permita *elegir otro sistema normativo* que resuelva el problema. Esto haría inteligible la idea de que los juristas, en repetidas situaciones, deben determinar cuál sistema teórico es el más adecuado en la elección del sistema normativo que resuelva en forma completa o consistente el caso[29]. La elección puede, como ha mostrado Ihering, estar motivada por la necesidad de "reemplazar" un sistema normativo que los juristas considerar "deficiente" por otro que no consideran tal[30]. Pero

[29] Esta afirmación presupone que en el conocimiento jurídico también existe una fuerte correlación entre los criterios para elegir teorías jurídicas y los criterios para elegir sistemas normativos. (Véase lo que sostiene Caracciolo en nota 20).

[30] von Ihering, Rudolf: "Teoría de la Técnica Jurídica", en *El Ámbito de lo Jurídico. Lecturas del Pensamiento Jurídico Contemporáneo,* Pompeu Casanovas y José Juan Moreso Editores, Crítica, Grupo Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1994, p. 93.

para identificar esta deficiencia y ofrecer criterios para elegir sistemas normativos que la superen es menester, para Ihering, usar las teorías que construyen los dogmáticos. En caso de que se verificasen algunos de estos defectos en un sistema normativo los juristas, con el auxilio de sus teorías, reemplazarían este sistema por otro. La existencia de este reemplazo permitiría entender el sentido de la "aplicabilidad supletoria" de otros sistemas. Esta aplicabilidad sería una forma interesante de *reformular* una *idea algo oscura* de Kelsen según la cual cuando existe una laguna se aplica "todo" el orden jurídico[31]. Tal vez, cuando Kelsen pensaba en esto, su mente distinguía dos cuestiones no siempre advertidas: por una parte, que estas deficiencias son "relativas" a un sistema normativo determinado (son intrasistemáticas), por otra parte, que del hecho que esta deficiencia se verifique en un sistema normativo determinado no significa que no exista *otro sistema alternativo* que supletoriamente pueda ser aplicado. De ser esta una idea manejable, lo que Kelsen parece querer decir es que el derecho como "orden jurídico" dispone de sistemas con la que resolver de *maneras alternativas* una misma clase de problemas normativos. Por consiguiente, el acento de Kelsen no se constriñe sólo al carácter intrasistemático de los defectos. La metáfora de aplicabilidad de "todo" el orden jurídico supone que Kelsen examina el problema desde una perspectiva "intersistemática"[32]. El ejemplo de embargo aeronáutico que suministraré en la próxima sección puede ser muy instructivo a este respecto.

Ahora bien, la tercera alternativa podría sostener que el sistema teórico es conceptualmente *cognoscitivo* pero no en el sentido descriptivo que acabo de presentar con la segunda alternativa. El sistema es cognoscitivo en sentido *prescriptivo*[33], esto es, no en un sentido inocuo para la práctica sino "conceptualmente auxiliar" de la práctica. Sin preocuparse por distinguir normas de proposiciones normativas, este sistema teórico podría contener una *proposición prescriptiva* que sostuviese que en este caso 'debe' (o debería) aplicarse el sistema normativo x[34]. Por supuesto, esta tercera alternativa abre un *conflicto epistemológico* con la segunda. La tercera defiende una concepción "justificacionista" de ciencia según la cual la dogmática no tiene por función "describir" realidad alguna sino justificar qué realidad debe

[31] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* op.cit., p. 187.

[32] Perspectiva que es intuida por los juristas en su uso impreciso de la idea de interdisciplina.

[33] Dado que no es "escéptico" frente a la posibilidad de conocer o controlar racionalmente proposiciones que expresan prescripciones o valores.

[34] Si en este caso no se concede "local priority" al sistema tributario puede aplicarse otro sistema que garantice una unificación axiológica que presente al derecho "íntegramente" bajo su mejor aspecto. Dworkin, Ronald: *Law's Empire,* op.cit., pp. 250-254.

darse. La segunda alternativa defiende una concepción "descriptivista" de ciencia según la cual la dogmática jurídica debe describir en enunciados lógicamente independientes la existencia de enunciados prescriptivos. Para la concepción justificacionista la perspectiva según la cual los sistemas normativos son deficientes en aspectos semánticos, lógicos o axiológicos es producto de la metateoría positivista[35]. Para Dworkin esta *metateoría es incompleta* pues no da cuenta de la práctica de los juristas. En esta práctica ellos usan sus teorías en forma práctica permitiendo construir sistemas completos y coherentes que presenten al derecho bajo su mejor aspecto. La consideración según la cual los sistemas normativos son incompletos presupone que las teorías jurídicas cumplen una función restringida: registrar estos defectos. El positivismo presupone una concepción epistemológica que, al reconstruir las teorías jurídicas como un repertorio de enunciados empírico-descriptivos "correlativos" de un repertorio de enunciados prescriptivos, no captura la "peculiaridad epistémica" de la labor de los juristas. Esta peculiaridad no consiste *necesariamente* en negar la existencia de proposiciones normativas descriptivas y el valor que informaciones observacionales fiables tienen en la toma de decisiones prácticas. En realidad, esta concepción sostiene que el rasgo *típico y prominente* de la ciencia del derecho reposa en su carácter práctico. En esto reside su peculiaridad. Y las concepciones acerca del derecho son o no plausibles si son capaces de dar cuenta la forma en que los juristas usan sus instrumentos conceptuales[36]. Esta tercera alternativa podría mostrar que este uso que los juristas hacen de sus instrumentos conceptuales preserva su *carácter teórico*, sólo que este carácter es fruto de una *concepción no positivista* de las ciencias sociales (por ejemplo, la de Habermas[37] o Dworkin).

---

[35] Para la concepción dworkiniana es precisamente la tarea "interpretativa" del jurista la que permite *ver* al derecho como un sistema completo "*y"* coherente. (Cfr. Redondo, Cristina: "Lógica y Concepciones del Derecho", Isonomía, Nº.13, 2000, p. 42). Es una concepción diferente a la defendida por Alchourrón y Bulygin en *Introducción...,* op.cit., p. 151. Ellos han mostrado formalmente que la satisfacción simultánea de la completitud y la coherencia es contingente.

[36] Y si esta concepción metateórica captura los rasgos prominentes de la labor de los juristas podría estar a salvo de las objeciones expresadas por el "argumento del contraste con la práctica" con que ciertos filósofos objetan la plausibilidad de las metateorías positivistas ("duras" o "excluyentes"). Véase Bayón, Juan Carlos: "Derecho, Convencionalismo y Controversia", Inédito.

[37] Habermas, Jürgen: *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social,* Tecnos, Madrid, 1990.

4. Conflictos entre autonomía y unidad

En la sección anterior, el análisis de los conflictos entre autonomía y unidad fue indirectamente abordado con relación a una discusión sobre el carácter descriptivo o práctico de las teorías jurídicas. A la inversa, en esta sección, el análisis de los conflictos entre autonomía y unidad será realizado en forma directa, mientras que el análisis del carácter descriptivo o práctico de las teorías jurídicas estará conectado con un análisis más indirecto. Para llevar a cabo el análisis de estos conflictos, supongamos que la situación factual de la que partimos consiste en la interposición de una *orden de embargo de un motor de aeronave.* Con la ayuda de conceptos dogmáticos yo puedo construir casos diferentes caracterizados a partir de diferentes propiedades. Frente a esta situación podríamos imaginar dos alternativas: una en la que usamos los mismos conceptos y llegamos a identificar las mismas propiedades u otra en que usamos conceptos distintos que nos llevan a identificar distintas propiedades.

En la primera alternativa podríamos llegar a construir el mismo caso. Si el caso es el mismo para dos sistemas, por ejemplo, el sistema de derecho civil (Sc) y el sistema de derecho aeronáutico (Sa), y estos sistemas tienen normas contradictorias (una en que el embargo está permitido y otra en que el embargo está prohibido), los juristas deberían "ordenar las normas aplicables" dando prioridad a alguna de ellas. La necesidad de dar prioridad a una de las normas y disolver la contradicción conduce a construir sistemas normativos ordenados. Un mismo sistema puede ser ordenado de maneras diversas según el criterio de ordenación que se siga. En este tipo de situaciones, los criterios habituales de ordenación son conocidos bajo las máximas "lex generalis", "lex posterior" y "lex specialis". No es mi cometido discutir el status de estos criterios, sus relaciones conceptuales posibles, ni defender una solución para esta primera alternativa.

De acuerdo con la segunda alternativa podríamos pensar que el uso de conceptos diferentes nos lleva a construir casos caracterizados por propiedades diferentes. Con la propiedad A caracterizo al motor como cosa mueble. En virtud de ello, configuro un nivel de casos uno (C1) de embargo de cosas muebles regulado por normas del sistema civil que permiten (P) el embargo (e), de modo que sea posible afirmar "$A \supset Pe$"; vamos a suponer que la norma Pe pertenece por el criterio de legalidad al sistema civil (Sc), de modo que sea posible afirmar "$C1 \supset Sc$". Supongamos que los juristas involucrados con este caso se pregunten qué ocurre si se añaden nuevas propiedades al nivel de casos C1, por ejemplo, la propiedad B (donde el motor es caracterizado como una pieza aeronáutica esencial para el funcionamiento de la aeronave). Esta propiedad B podría permitir construir, a partir de la misma situación factual, un nivel de casos dos (C2) de embargo de piezas

esenciales de aeronaves regulado por normas del sistema aeronáutico que prohiben (Ph) el embargo de aeronaves o piezas fundamentales de éstas (e') por razones tales como "la continuidad del tráfico es de interés público y como tal debe ser asegurada". De manera que "B ⊃ Phe'". Suponiendo que la norma Phe' pertenece en virtud del criterio de legalidad al sistema aeronáutico (Sa), sería posible afirmar "C2 ⊃ Sa". Ante esta situación yo podría pensar que no existe conflicto alguno pues, sobre la misma situación factual, he construido casos distintos de "embargo"; un caso "genérico" de embargo civil (Ec) caracterizado a partir de la propiedad A y un caso específico de embargo aeronáutico (Ea) caracterizado a partir de la propiedad B; de modo que "Ec ⊃ Sc" y si "Ea ⊃ Sa". Ahora bien, aún no nos hemos preguntado si Sa es, por ejemplo, un sistema completo. Supongamos que la situación del motor no estuviese explícitamente regulada por Sa. La primera respuesta que ofrecería la lógica estándar (para la que valen las leyes de refuerzo del antecedente y modus ponens) es que la solución prevista para el nivel de casos uno (C1) constituida por una permisión se mantiene cuando cambio de niveles, por ejemplo, cuando paso al nivel de casos dos. Si el nivel uno estaba caracterizado a partir de la propiedad A y el nivel dos por la propiedad B, podría decir, conforme la lógica estándar regulada por las leyes mencionadas, que si se da la propiedad A aplico la permisión de embargo del Sc; y que, por las leyes de refuerzo del antecedente si "A y B entonces también aplico la permisión del Sc" con lo cual las soluciones del Sa son descartadas[38]. De modo tal que "(A ⊃Pe) ⊃ A · B ⊃ Pe)"[39]. Confor-

[38] Si esto es así, los juristas podrían sentirse francamente perplejos y preguntarse cómo es posible que el Sc que presupone un nivel menos fino que el Sa sea reconstruido como el sistema reductor. Esta perplejidad puede disolverse mediante la comprensión del funcionamiento del *teorema de completitud* (Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: op.cit, pp. 150-151). Según este teorema las soluciones que afectan el universo de casos menos fino se mantienen en el universo de casos más fino.

[39] Esta reconstrucción, a su vez, presupone la existencia de sistemas normativos que se consideran "más generales" que otros. La propiedad A expresa un concepto genérico de embargo civil que es más general que el concepto específico de embargo aeronáutico expresado por la propiedad B. El presupuesto según el cual es aplicable el Sc y no el Sa no es sólo de orden lógico sino epistemológico. En este sentido, un criterio de orden epistemológico para "elegir" sistemas teóricos puede basarse en la mayor capacidad de un sistema en resolver problemas (Cfr. Gómez, Ricardo: "Kuhn y la Racionalidad Científica". ¿Hacia un kantianismo post-darwiniano?, O. Nudler y G. Klimovsky Compiladores, *La Racionalidad en Debate,* Vol. I., Centro Editor de América Latina, 1993, p. 150). Pienso que este criterio puede proyectarse sin inconvenientes a los sistemas normativos. Pero, para ello, es preciso advertir la existencia de dos interpretaciones de este criterio que se hallan en pugna. Según una, la mayor capacidad se relaciona con la mayor generalidad de un sistema. Esta interpretación favorece un mayor grado de unidad conceptual en el derecho y su conocimiento. Según la otra, la mayor capacidad se relaciona con la mayor especificidad de un sistema. Esta interpretación favorece la existencia

me con esta reconstrucción B es una propiedad *lógicamente* "irrelevante", claro está, sólo si el sistema es *consistente* porque podría ser el caso que la introducción de B estuviese simultáneamente asociada con la permisión y la prohibición, con lo cual B dejaría de ser irrelevante[40].

Ahora bien, ¿tengo otra manera de reconstruir este conflicto entre el sistema civil y el sistema aeronáutico? Creo que sí. Esta reconstrucción depende de que nos centremos en el uso que los dogmáticos y jueces hacen de la idea de autonomía. En efecto, la idea de autonomía puede ser usada para bloquear la posibilidad de que la solución prevista para el nivel de casos uno, esto es, la permisión del embargo del Sc, se extrapole o se mantenga para el nivel de casos dos caracterizados a partir de la propiedad B. Los juristas pueden usar el argumento de la autonomía para sostener que existen conceptos propios de un sector normativo y razones axiológicas o principios

---

de sistemas más autónomos. La primera interpretación de este criterio, que es la que subyace a la reconstrucción lógica según la cual es aplicable Sc, permite entender varias cosas. Primero, con relación al derecho, permite dar cuenta de la intuición recurrente de los juristas en torno a la existencia de sectores o principios jurídicos más generales que otros. Segundo, con relación al conocimiento del derecho, permite entender la existencia, en la dogmática misma, de teorías 'generales' del derecho. La mayor generalidad de unas teorías sobre otras sería una manera posible de entender la pretensión de la "teoría civilista del embargo genérico" en 'explicar' mediante una operación de reducción los casos de la "teoría específica del embargo aeronáutico" (Véase Brooks, D. H. M: "How to Perform a Reduction", Philosophy and Phenomenological Research, Vol. LIV, Nº. 4, 1994, pp. 803-814).

El problema adicional que surge es que el predicado 'explicativo' es ambiguo. Puede referir a la capacidad de una teoría de resolver (descriptivamente) mayor cantidad de casos que otra o puede referir a la capacidad de una teoría de resolver (prescriptivamente) mayor cantidad de casos que la otra. Esto último se hará claro enseguida cuando describa el uso práctico que los juristas hacen de sus teorías a fin de propiciar o impedir la aplicación de determinados sistemas normativos.

[40] Supóngase una norma N1 que correlaciona la solución normativa Pe a los casos identificados por la propiedad A. Si se interpreta esta norma como una norma condicional a cuyo respecto vale el refuerzo del antecedente, entonces cualquier caso A está correlacionado con la solución Pe, con independencia de qué otras propiedades posea. Ahora bien, supóngase que en el sistema también encuentro una norma N2 que correlaciona la solución PHe al caso identificado por la propiedad B. De conformidad con N2, y también por aplicación del refuerzo del antecedente, el caso A y B está correlacionado también con la solución PHe, de manera que ese caso está inconsistentemente normado. A la pregunta de si B es una propiedad relevante respecto de la calificación normativa del embargo, la respuesta es sí. Si esto es así, entonces ¿por qué los juristas suelen asociar la idea del refuerzo del antecedente con la irrelevancia de otras propiedades? Para entender esta asociación habría que manejarse exclusivamente con soluciones maximales (Oe, PHe y Fe) y no minimales como lo es Pe. Supongamos que decimos que un caso está solucionado cuando está correlacionado por el sistema con una solución maximal (de lo contrario habría una laguna parcial). Tomemos como ejemplo para ello un sistema compuesto exclusivamente por la norma N2 que correlaciona la solución PHe al caso B. Si respecto de esa correlación se admite la ley de refuerzo del antecedente, ello no significa que el sistema no admite que se pueda asignar relevancia respecto de la calificación normativa de B a ninguna otra propiedad, pero sí que no se puede hacerlo SIN GENERAR UNA CONTRADICCION.

axiológicos[41] (por ejemplo que la 'aeronave debe cumplir su cometido porque está comprometido un interés público en la continuidad de tráfico') que *identifican* al Sa de manera distinta al Sc[42]. De manera que la autonomía del ámbito del conocimiento podría ser usada en dos sentidos que bloquearían el mantenimiento de la solución prevista para el nivel uno de casos en el nivel de casos dos. En un sentido apelando a la existencia de conceptos distintos de embargo que lleven a reconstruir la misma situación factual bajo casos diferentes[43]; en otro sentido apelando a las razones o principios axiológicos que subyacen al caso caracterizado como embargo aeronáutico, en cuyo caso la propiedad B no sería, de acuerdo con el principio mencionado, axiológicamente irrelevante, esto es, su "fuerza" o "peso" sería mayor[44]. En ambos sentidos, la autonomía impide que la solución del Sc se aplique al Sa. Por consiguiente: en el nivel del objeto de conocimiento jurídico, el Sa no puede ser lógicamente reducido al Sc (y lo mismo ocurre respecto de los sistemas teóricos del derecho civil y aeronáutico en el nivel del conocimiento jurídico). La reducción entre sistemas normativos y la reducción paralela entre

[41] Esta autonomía presupone la existencia de dificultades para pensar la unidad conceptual y la unidad práctica no sólo de las dogmáticas entre sí sino de estas unidades en el dominio de cada dogmática.

[42] En muchos casos esta manera de identificar los sistemas presupone un uso "ideológico" de la noción de autonomía tendiente a favorecer la creación o aplicación de normas que responden a intereses particulares de ciertos sectores sociales (Véase Guibourg, Ricardo: "Autonomía", publicado en El Dial, diario jurídico digital, en la semana del 30/3/2000). Esto genera, en los estados de derecho contemporáneos, una tensión entre el ideal de una unidad práctica del derecho y la existencia de intereses fragmentarios. Véase Dworkin, Ronald: op.cit, pp. 179-180; 211; 403. Para una discusión de dogmática constitucional puede consultarse Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho Dúctil,* Trotta, Barcelona, 1999, pp. 13-17.

[43] Si, conforme la autonomía conceptual de los sistemas normativos, los casos son distintos, no es posible la reducción. Esto es importante porque una condición necesaria de la reducción intersistemática es que los casos de los sistemas sean conmensurables.

[44] El Sc también puede ser candidato a la unificación axiológica del derecho, negando, en consecuencia, la autonomía de Sa construida a partir del principio axiológico mencionado. Esto podría ocurrir si se admite que la propiedad A (tratarse de un embargo de cosa mueble sobre la base de un crédito no satisfecho) tiene mayor peso que la propiedad B y, por tanto, tiene mayor "relevancia axiológica", por ejemplo, siguiendo un principio jurídico del derecho civil de mayor alcance que el principio de derecho aeronáutico. Por ejemplo, el siguiente:

De acuerdo con Sc los créditos deben ser satisfechos y "asegurados" por cualquier medio legal

De acuerdo con la definición de Sc x es un crédito

De acuerdo con Sc el embargo es un medio legal de asegurar la satisfacción de créditos

De acuerdo con Sc el embargo de las cosas muebles para satisfacer créditos está permitido

El motor es una cosa mueble

El embargo del motor está permitido

sistemas teóricos sólo sería posible si *negamos* la autonomía del sistema aeronáutico. Esto es así porque si la *reducción intersistemática* configura una herramienta de unificación de sistemas en sistemas más comprehensivos, admitir la reducción es negar la autonomía. Esto se explica porque, por definición, la autonomía pretende delimitar un sistema (normativo o teórico según el caso) que no pueda ser reducido a otro. Una condición necesaria para ello es que este sistema cuente con su propio aparato conceptual (en el que podríamos incluir, por ejemplo, un concepto específico de embargo aeronáutico). Es claro que, como ocurre en el caso que estoy analizando, el Sa puede tener una laguna parcial. Pero de ello, si seguimos la idea de autonomía (y nos independizamos *provisoriamente* de las conclusiones de la lógica estándar ya descriptas) no se sigue la aplicabilidad del Sc y, por consiguiente, la reducción de Sa a Sc. Podríamos pensar que para que tal reducción sea viable deberían, al menos, ocurrir dos cosas: o bien que Sa no dispusiese de conceptos precisos, sólidos, para describir la situación factual del embargo de motor o bien que Sa para casos dudosos (por ejemplo, en casos de lagunas normativas, de reconocimiento o axiológicas) "remitiese" a la aplicación de sistemas supletorios. Por desgracia ambas situaciones son *contingentes.* La inexistencia de conceptos sólidos en el Sa no impide que los dogmáticos del derecho aeronáutico dispongan de conceptos precisos para esta situación y los usen para bloquear la solución del Sc. De hecho, el motor de una aeronave está incluido en un concepto de la dogmática aeronáutica según el cual los motores son piezas fundamentales para el funcionamiento de una aeronave. Y ya sabemos que tanto las piezas de las aeronaves como las aeronaves no pueden ser embargadas en el Sa. Por supuesto que la dogmática podría no tener un concepto preciso. Que las dogmáticas cuenten con aparatos conceptuales desarrollados también es una situación contingente. Pero aún suponiendo que el aparato conceptual de esta dogmática no estuviese plenamente desarrollado, los dogmáticos o los jueces pueden usar las teorías para operar reformulaciones[45] en el Sa a partir de las cuales obtener principios axiológicos como el ya mencionado: "que las aeronaves deben cumplir su cometido...". Precisamente, frente a lagunas parciales, los juristas interponen sus teorías para obtener estos principios con la finalidad de integrar esas lagunas, impidiendo la aplicación supletoria de otros sistemas. Por su parte, la existencia de una norma de remisión que habilite la aplicación de Sc también es contingente. Aunque ella no exista los juristas pueden usar sus teorías para producir unificaciones axiológicas,

[45] La noción de reformulación, asociada comúnmente con la génesis de "principios generales del derecho", es elucidada por Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: op.cit., pp. 124-133.

por ejemplo, mediante la reducción de Sa a Sc. Con apoyo en ellas, los juristas podrían argumentar, y de hecho lo hacen, que los principios que *identifican* Sa deben ceder ante los *principios* que identifican a Sc todo ello bajo la condición de que los casos de los sistemas sean conmensurables[46]. Por razones estrictamente conceptuales creo que la única condición no contingente de la reducción es esta última: la conmensurabilidad de casos. Si no hay relaciones de implicación entre casos es imposible la reducción. De hecho, la distinción entre niveles de casos menos finos y más finos presupone esta conmensurabilidad[47].

Ahora bien, la *contingencia* de estas situaciones revela la necesidad filosófica, por un lado, de dar cuenta de las prácticas efectivas de los juristas y, por otro lado, apreciar que el uso práctico de las teorías jurídicas presupone un conflicto entre autonomía y unidad. Defender sistemas autónomos o defender unificaciones intersistemáticas no depende de cuestiones fijas sino *cambiantes.*

Sea como fuere y dejando a un lado estas observaciones, creo que es útil aclarar el tipo de autonomía que estoy reconstruyendo. Por lo general, este tipo de autonomía es definida como una *autonomía relativa.* Un sistema normativo relativamente autónomo puede convivir con lagunas parciales y aún admitir la integración de las lagunas con el "transporte" de normas de otros sistemas (hétero-integración) bajo la concurrencia de dos condiciones necesarias: por un lado, que los conceptos con los que se define una situación factual existan y se apliquen indubitablemente a esta situación, por otro lado, que el sistema remita expresamente a otros sistemas alternativos. La hétero-integración, entonces, presupone una idea de autonomía relativa que es consistente con la noción de completitud (*relativa* a un universo de casos y de soluciones de un sistema determinado)[48].

---

[46] Esto presupone que los juristas suelen efectuar unificaciones empleando sistemas más comprehensivos como el Derecho Civil o Constitucional.

[47] Técnicamente un universo es más fino cuando satisface las siguientes dos condiciones: A) Cuando algún elemento del más fino implica a alguno del menos fino y B) Cuando al menos hay algún elemento del más fino que no está implicado por ningún elemento del menos fino. En este caso el UP2 es más fino que el UP1 porque, además de implicar el elemento A contenido en el UP1, posee un elemento adicional B que no está implicado por ningún elemento del UP1. Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción...,* p.148

[48] Por cierto que es posible encontrar un sentido de autonomía no relativa sino "absoluta"; reconstrucción que en el presente trabajo no desarrollo. Esta autonomía no está relacionada con la idea de completitud (relativa) sino con la idea de "plenitud". Es frecuente la apelación de este sentido en la dogmática penal y, en los siglos XVIII y XIX también lo era en la dogmática civil (Cfr. Alchourrón, Carlos: "On Law and Logic", Ratio Juris, Vol. 9, Nº.4, 1996, pp. 331-348).

Volviendo al sentido que ocupa el foco de este trabajo, esto es, la autonomía relativa, sostuve que la autonomía podía impedir que las soluciones relativas a un sistema y previstas para un nivel de casos menos fino se mantengan en un nivel de casos más fino. Sugerí que la autonomía nos lleva a una reconstrucción que discrepa con lo que surge de una reconstrucción lógica estándar. Pero, ¿cómo entender la existencia de dos reconstrucciones que llevan a resultados opuestos? ¿Existe un conflicto entre las intuiciones reconstructivas de los filósofos que abrazan la lógica estándar y la intuición de los dogmáticos y jueces que enfrentan estos casos? En principio pareciera que el conflicto existe. Si seguimos la reconstrucción lógica estándar el resultado es la aplicación de la permisión del embargo del derecho civil. Si acatamos las leyes de refuerzo del antecedente y modus ponens y si la propiedad A con que caracterizamos el embargo es adoptada como una condición estricta (o suficiente) la solución prevista para un nivel de casos menos finos (caracterizado por la propiedad A) debe valer para un nivel de casos más finos (en que aparece la propiedad B). La lógica estándar defendida por Alchourrón y Bulygin (que son los filósofos en los que estoy pensando) ha demostrado mediante una serie de teoremas que esto es posible.

Ahora bien, si seguimos la reconstrucción de la dogmática o de los juristas en general, la autonomía impediría que la solución de un nivel menos fino se mantenga en un nivel más fino. ¿Supone esto un rechazo *irracional* de la lógica por parte de la dogmática? Una primera respuesta podría sostener que no. El conflicto entre ambas reconstrucciones es sólo 'aparente' pues, en rigor, ambas reconstrucciones refieren a "problemas distintos". La reconstrucción lógica estándar centra su poder de explicación conceptual en el problema de la "aplicación de normas" y en suministrar herramientas (alternativas a lógicas basadas en condicionales derrotables) para explicar porqué las soluciones previstas para un nivel menos fino se mantienen incólumes en un nivel más fino. El objeto de esta explicación refiere a la "aplicación de normas". Prueba de ello es que la ley de refuerzo del antecedente se aplica a normas y no sistemas y los problemas de completitud y consistencia son "intrasistemáticos" a tenor de lo cual es posible afirmar, por ejemplo, que el Sa tiene una laguna parcial. Por el contrario, la idea de autonomía seguida por los dogmáticos y jueces centra la cuestión en la "aplicación de sistemas de normas" y en las "relaciones intersistemáticas". Los problemas de la autonomía y unidad remiten a las relaciones entre sistemas y no a las relaciones entre normas. Es cierto que, comprometidos con una lógica estándar monotónica, las soluciones previstas para un nivel menos fino se mantienen en un nivel más fino. Por supuesto que esto es así. Pero la idea de autonomía no apunta a esto. Apunta a las relaciones entre sistemas normativos desarrollando criterios (ciertamente variados y difusos) para mostrar porqué

es 'racional' aplicar un sistema normativo y no otro o porqué es racional bloquear la aplicación de un sistema dando prioridad a otro. Es claro en este caso que el uso de la expresión 'racional' *no se identifica uno a uno* con el uso de herramientas de la lógica estándar. En los ejemplos que he examinado los juristas parecen comprometidos no sólo con una *racionalidad lógico-deductiva* sino con una *racionalidad práctica.* Esto es evidente en el uso de las teorías tendiente a mostrar el mayor peso o fuerza de los principios de un sector sobre otro. Por supuesto, el compromiso con una racionalidad práctica en principio es independiente de la idoneidad con que los juristas respetan la racionalidad lógica. Digo "en principio" porque la racionalidad práctica podría verse afectada seriamente por un compromiso deficiente con la racionalidad lógica. En efecto, muchos principios que identifican sectores determinados son producto de inferencias inductivas y no deductivas; inferencias realizadas con el fin de cubrir lagunas. El principio según el cual "la aeronave debe cumplir su cometido..." podría ser un ejemplo apropiado de lo que señalo. Ante el carácter "incompleto" de las inferencias inductivas[49], sería lógicamente viable la aplicación de la permisión del embargo del Sc y no la prohibición del Sa, toda vez que este camino estaría regido por la completitud heredada del universo de casos menos finos al universo de casos más finos. Sin embargo, en la *práctica efectiva* de los juristas esto no necesariamente ocurre así. Pese al carácter deficitario de sus inferencias lógicas, ellos podrían optar por defender la mayor racionalidad práctica[50] de los principios inducidos para identificar su sector[51]. Claro que, por las mismas razones, podría ocurrir lo contrario: que sean aplicables los principios de Sc y no Sa. Pero, con independencia de la (in)solvencia lógica de estas inferencias, ello ocurriría, nuevamente, por razones prácticas. Desde este punto de vista la pregunta acerca del conflicto entre dos reconstrucciones (la lógica centrada en lo intrasistemático) y la dogmática y judicial (centrada en lo intersistemático) podría ser respondida sosteniendo que aunque el conflicto no exista, algo de lo que tampoco estoy seguro, la reconstrucción lógica es insuficiente para dar cuenta de la práctica de los juristas. Ello así porque su foco principal ha estado puesto en lo intrasistemático y no en lo intersistemático y este foco ha impedido ver los límites que en la

[49] Inferencias que se relacionan con la derrotabilidad en sentido lógico.

[50] Sea como fuere que ésta se reconstruya.

[51] Esto significa que podría ser útil distinguir, como Cristina Redondo, entre derrotabilidad en sentido lógico y derrotabilidad en sentido práctico. Un principio lógicamente derrotable por otro (en este caso el que identifica a Sa por el que identifica a Sc) puede ser considerado por los juristas "inderrotable" pero desde un punto de vista práctico. Redondo, Cristina: "Reglas "Genuinas" y Positivismo Jurídico", Analisi e Diritto, 1998, pp. 243-276; también en "Lógica y Concepciones del Derecho", op.cit., pp. 46-48.

práctica tiene esta reconstrucción lógica. Los juristas usan sus teorías para reconstruir las condiciones en virtud de las cuales las soluciones previstas para un sistema no pueden (o pueden) extrapolarse a otros. Esta es la idea del principio: los juristas desarrollan disciplinas que les otorguen una base idónea para perfeccionar conceptos y elaborar teorías que ofrezcan criterios para mostrar qué "combinaciones sistemáticas" de normas son admisibles. Es decir, referidas a mostrar criterios para construir sistemas que resuelvan casos. Estos criterios son variados y pueden presentarse bajo aspectos un tanto oscuros. Por ejemplo, para seguir una terminología que Vernengo toma de Husserl, sosteniendo la existencia de "ontologías regionales" relativas a cada sistema normativo[52]. Pero de esta oscuridad de la dogmática no se sigue que las ideas de autonomía y unidad expresen intuiciones que no valga la pena explorar. Después de todo, la exploración de estas intuiciones podría ser una manera de reconstruir las diversas *imágenes* que del conocimiento jurídico y su objeto los juristas presuponen en el uso de estas ideas.

[52] Vernengo, Roberto: "La Función Sistemática de la Norma Fundamental", Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de Bs As, Bs As, I-II, 1960, pp. 211;222-225.

TIEMPO Y CONTRATO. CRÍTICA DEL PACTO FÁUSTICO

François Ost
Facultés Universitaires Saint-Louis

Aunque no haya sido frecuentemente señalado, el tiempo es, sin duda, el elemento decisivo de la economía contractual. El contrato es la anticipación de lo que vendrá, es el futuro irrevocablemente comprometido -en esto consiste su fuerza específica y también su función, particularmente económica. Sin embargo, es preciso que nos pongamos de acuerdo acerca de la naturaleza del tiempo así movilizado. Dos fábulas literarias -el mito de Fausto y la historia del mercader de Venecia- arrojan luz sobre una primera forma de temporalidad contractual: una forma que es al mismo tiempo instantaneista e inmutable y que conduce directamente a la destrucción de quienes se sirven de ella (apartado 1). En algunos aspectos, la teoría clásica de los contratos se inscribe dentro de esta perspectiva, formalista y voluntarista; la ficción literaria la artícula en sus extremos. Pero tanto las prácticas contractuales como ciertas innovaciones jurisprudenciales dejan entrever hoy otra temporalidad más continua, más flexible y más solidaria. Seguiremos sus meandros (apartado 2), no sin sugerir, en un tercer apartado, qué evoluciones similares se dibujan en el Derecho público, en el Derecho internacional y en el Derecho del trabajo. Por último, en un cuarto apartado, me ocuparé de proponer varios esquemas explicativos de las distintas evoluciones acaecidas: recurriré sucesivamente al análisis socio-jurídico de los contratos, a la teoría pragmática de la acción y a la teoría general del Derecho. Al tiempo del pacto fáustico, que termina, como *Chronos*, por devorar aquello que crea, espero poder oponer un tiempo neguentrópico, el de la alianza abierta y evolutiva entre compañeros; algo parecido a una buena fe compartida.

1.- Fausto y Shylock, dos negaciones del tiempo

Las diferentes versiones del mito de Fausto, desde el *Faustbuch* (o *Volkbuch*) de 1587[1] hasta las lecturas contemporáneas, pasando por el Fausto

[1] Narración popular de Fausto: *L´histoire du docteur Faust* (1587) traducción de J. Lefebvre, Paris, Les Belles Lettres, 1970.

de Marlowe (1590) y los de Goethe (1808 y 1832), nos muestran un viejo sabio que, decepcionado de la vida y ya de vuelta de todos los saberes, busca dominar las cosas y los seres; algo que, por cierto, se le presenta cada vez como algo más improbable. Confiando en que las prácticas de la magia le librarán de los límites materiales, se entrega a ellas: la magia es, en efecto, la abolición del tiempo y del espacio, una promesa de posesión inmediata, un poder transgresor ejercido sobre las cosas y los seres al que éstos parecen no oponer resistencia alguna. A las pacientes pesquisas del sabio, que debe arreglárselas con las leyes de la naturaleza para comprender sus secretos, la magia opone el milagro de una iluminación inmediata[2]. Fausto se ha vuelto impaciente: de la misma forma que no soporta la alteridad del objeto que desea, no soporta tampoco ya la dilación temporal. Además, es tanto lo que le fascina el cortocircuito mágico que cree que éste podría darle acceso inmediato a una posesión sin distancia -a un control sin alteración ni alteridad (ya sabemos cuán en el corazón de la magia está el principio de identidad, que funciona por imitación y por transmisión)[3].

El otro reducido a sí mismo y el tiempo contraído dentro de un instante, esto es lo que, aunque en vano, el viejo sabio busca en la magia. Pero he aquí que, de repente, aparece el diablo y surge, entonces, la pregunta: ¿saciará Fausto su deseo cerrando el pacto con él? Aun sin alterar su identidad, el objeto del pacto difiere de una versión a otra del mito. En la narración popular (*Faustbuch*), lo que Fausto espera de Mefistófeles es que le enseñe y que le instruya en todas las cosas. A cambio de esto, le promete que al término del vigésimo cuarto año "podrá disponer de su cuerpo y de su alma, a su placer y por toda la eternidad"[4]. En el primer *Faust* de Goethe, el sabio busca "unirse" a Mefistófeles, busca identificarse totalmente con el espíritu de éste ("El espíritu que siempre niega"[5]) para tener, por fin, acceso a la verdadera vida, a la vida plena de la que el estudio de los libros le ha desviado. En las versiones posteriores del mito, el rejuvenecimiento obtenido por contrato es tema central; es, especialmente, el caso de la célebre opera de Gounod (1856) y también de *Marguerite de la nuit* (1925) de Pierre Mac Orlan, dónde a Fausto se le permite que durante sesenta años recobre la apariencia que tenía a los veinte.

Bajo estas diversas formas, lo que, sin embargo, sigue siendo el tema en cuestión es la ilimitación del deseo: deseo de saber, de juventud, de amor,

---

[2] A. Dabezies, *Le mythe de Faust*, Paris, Armand Colin, 1972, pág. 293.

[3] F. Mies, *Faust ou l'Autre en question. Dieu, la femme, le mal*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1994, pág. 115.

[4] *L´histoire du docteur Faust 1587*, *op. cit.*, pág. 79.

[5] Goethe, *Faust*, Paris, Librio, 1997, pág. 40.

entendido en cada caso como un dominio sin obstáculos; dominio sin alteración ni alteridad. Un Fausto llevado a la posesión inmediata y perdurable del objeto intensamente deseado. En este sentido, se manifiesta muy significativa una cláusula del pacto inicial que aparece en el *Récit populaire*. Al entablar relación con el diablo, Fausto declara expresamente: "y para dar fe de ello, reniego de todos los seres vivos, de todas las cohortes celestiales y de todos los hombres". El pacto fáustico en su inmediatez y fusionalidad es el instrumento del solipsismo: hace aparecer un mundo sin más allá y sin profundidad (podríamos decir que es un mundo meramente aparente). ¿Qué temporalidad permite justificarlo? Goethe es muy explícito sobre este punto: es *in situ* que el Maligno le propone a Fausto que le pertenezca -"que así suceda al instante", le responde el sabio[6]. Y el pacto, una vez cerrado, surte efecto a partir de entonces y por toda "la eternidad"[7]. Inmediatez y eternidad colocan el compromiso en algún lugar fuera del tiempo que traduce bien el proyecto de dominio total que Fausto alberga: "¡Que suene la hora, que caiga la aguja y que ya nunca más exista el tiempo para mí!", exclama[8].

A fin de cuentas, el tema del rejuvenecimiento no es más que una modalidad particular de esta negación del tiempo llevada a cabo mediante la técnica contractual y formalizada por la redacción de un escrito autentificado por una gota de sangre[9] -Goethe hace alusión a esto dos veces seguidas[10], sin que el motivo sea aquí central, como sí lo es en las versiones posteriores. Lo importante es que, mediante el contrato, el otro se reduce a sí mismo (fusión mágica, identidad solipsista) y el tiempo se detiene -¿acaso no se lamentaba Fausto[11] de ver "todos sus sueños desvanecerse en el abismo del tiempo"?

A partir de entonces, ese tiempo del pacto fáustico es un tiempo cosificado: surge de la permanencia de lo mismo, más que de la creatividad histórica (o creatividad narrativa del yo expuesto al otro). La distinción señalada por Paul Ricoeur entre dos formas de identidad puede iluminar este punto: de un lado, la identidad como "mismidad" (el "*idem*" en latín y el "*same*" en inglés) que responde a la cuestión: "¿qué soy?"; de otro lado, la identidad como "ipseidad" (el "*ipse*" latín o el "*self*" inglés), que responde a la pregunta "¿quien soy?"[12]. Aun cuando descansa sobre la permanencia del "mismo"

---

[6] *Ibidem*, págs. 47 y 48.

[7] *Ibidem*, pág. 49.

[8] *Ibidem*, pág. 48.

[9] *Ibidem*, pág. 49.

[10] *Ibidem*, pág. 16 y 72: conducido al antro de la brujería, Fausto se pregunta: "¿Hay en esta cocina algún brebaje que pueda quitarme treinta años del cuerpo?"

[11] *Ibidem*, pág. 23.

[12] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. du Seuil, 1990, págs. 140-150.

(algo que ponen de manifiesto particularmente los rasgos de carácter y las disposiciones adquiridas), el "yo" no sabría, sin alienación, reducirse a esa figura invariable de la mismidad. Le corresponde también existir, es decir, ser afectado por el tiempo que pasa y ser alterado por el comercio de otros -en pocas palabras, precisa comprometerse en una historia en la que uno es al mismo tiempo el actor y el paciente. Una historia que pone en acción los recursos éticos y jurídicos de la responsabilidad -entendiéndose ésta, precisamente, como la "respuesta" a la interpelación lanzada por el otro.

Sin lugar a dudas, el contrato es una modalidad muy eficaz de puesta en funcionamiento de esta responsabilidad: comprometiendo su palabra, el otro puede, a partir de entonces, "contar" conmigo, de suerte que me convierto para él en "alguien a quien se le puede exigir que rinda cuentas" de sus actos[13]. Sin embargo, aun es preciso que este contrato no aliene a sus protagonistas totalmente: pero ¿no es éste el sentido del compromiso de Fausto, cuando en su deseo de librarse de los límites de la realidad "vende su alma al diablo"? Esta es una opción a la vez instantánea e irrevocable que será ejecutada al pie de la letra: agarrándose a la mismidad que desea (y atrayendo al otro hacia ella, como Marguerite), Fausto se sustrae al tiempo que pasa (algo que simboliza el tema del rejuvenecimiento transitorio) alienando radicalmente, su ipseidad[14]. El contrato pasa de ser un instrumento natural de colaboración a convertirse en una maquina de alienación. Al cristalizar en su propio texto y negar el espíritu de confianza que debería inspirarlo, el pacto se inscribe fuera del tiempo, de la historia y de la narración -en tales condiciones no debe sorprendernos que llegue el momento de la destrucción (como decíamos antes: del daño). Y es que la inalteración sólo es posible en el fantasma: los signos de la juventud se transforman necesariamente, del mismo modo que el texto está siempre expuesto a las variaciones interpretativas de la historia compartida. Negarlo, encerrándose para ello en una pretensión de autonomía absoluta, es -paradójicamente- exponerse a la alienación más radical.

Si es cierto que la narración literaria es "un laboratorio de juicio moral"[15] -y jurídico, añadiremos-, en el *Mercader de Venecia* de Shakespeare (1596)

---

[13] Vale la pena destacar en este sentido que Ricoeur utiliza precisamente el ejemplo de la promesa para ilustrar la especificidad de la identidad concebida como ipseidad. Por la "palabra dada" se instituye una permanencia en el tiempo de un tipo diferente a la simple persistencia de lo que queda (mismidad): cf. págs. 148-149.

[14] En este sentido, cf. F.Mies, *Qui suis-je? Faust ou le refus de viellir*, por aparecer; para una interpretación radicalmente diferente del Fausto de Goethe (comprendido esta vez como la aceptación de la finitud humana) véase L. Van Eynde, *La libre raison du phénomène*, por aparecer.

[15] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, *op. cit*., págs. 167.

encontramos otra forma de experimento de pacto intemporal y diabólico. Al levantarse el telón, Antonio, rico mercader de Venecia, al igual que hacía Fausto, rumia su tristeza, decepcionado de la vida y ya de vuelta de todos los saberes. Pero, he aquí que aparece Basanio, un joven amigo sin dinero, que viene a pedirle la suma necesaria para cortejar a la bella Porcia, elegida de su corazón. Sucede, sin embargo, que Antonio está, de momento, totalmente desprovisto de una suma líquida de dinero puesto que toda su fortuna está invertida en varias operaciones marítimas en marcha. ¡Eso no habrá de suponer un problema!: pedirán el dinero a Shylock, usurero judío del foro; 3000 ducados que deberán ser devueltos tres meses más tarde. Antonio se ofrece como garante del acuerdo. Sin embargo, Shylock duda: Antonio es su enemigo jurado, alguien que -haciéndole de esta forma una peligrosa competencia- da y toma en préstamo sin intereses y que, además, en el pasado no dejó de "tratarle como a un perro". Dos hombres, de hecho, totalmente opuestos: el uno calculador, el otro generoso y hasta pródigo, el uno atesora y el otro gasta, Shylock levanta su fortuna sobre la razón y la posesión, el otro arriesga la suya en aventuras locas -y, además, es Shakespeare quien insiste: el primero es judío y el segundo cristiano. Aun así, Antonio no duda en tratar con Shylock, que es, por lo demás, "el diablo"[16] -un diablo con quien, sin embargo, y como Fausto, él se dispone a llevar a cabo un contrato.

Pese a lo anterior, Shylock toma también su decisión: le presta los 3000 ducados y, además, lo hará sin intereses. Firmarán el pagaré inmediatamente, sin demora, ante notario. Sin embargo, "por puro placer", Shylock introduce una exigencia complementaria: "si la suma convenida no es reembolsada al final del plazo previsto, entonces tendrá derecho a una libra de carne de su deudor -de aquella parte del cuerpo que le plazca"[17]. Seguro del éxito de sus empresas, Antonio acepta tal clausula, suscribiendo con ella una caución que, como el Fausto de Goethe, viene acompañada de una apuesta potencialmente mortífera - y, así lo tenemos, comprometido en "cuerpo y bienes".

Cuando el plazo llega a su fin, vemos que los negocios de Antonio le llevan a la ruina: todas sus expediciones han fracasado, sus navegantes fueron hechos prisioneros por los piratas, se estrellaron contra las rocas o fueron arrastrados por las tempestades. Ahí lo tenemos, el día en cuestión incapaz de hacer honor a su deuda. ¿Deberá pagar su libra de carne? Shylock así lo exige: el pagaré clama en su favor y también el Derecho de la Ciudad de los Duques que él sabe invocar en su interés. ¿No descansa el crédito comercial de Venecia sobre el respeto absoluto a los compromisos contrac-

[16] Shakespeare, *Le Marchand de Venise,* traducción de Francois-Victor Hugo, Paris, Flamarion, 1997, pág. 35.

[17] *Ibidem*, pág. 37.

tuales, comprendiendo aquí aquellos en los que los extranjeros son parte?[18] Sin embargo, los amigos de Antonio se movilizan ofreciendo al prestamista hasta dos veces la cantidad de la suma garantizada. De nada sirve. Lo que reclama Shylock es la libra de carne: eso es lo que le pertenece; es su triunfo y su venganza. Así está escrito y así habrá de ser. ¿Acaso no ha sido el propio Antonio quien, por si sólo, irresponsable como de costumbre, ha forjado el instrumento de su propio suplicio? Como todos los parias, Shylock es de un legalismo puntilloso: apelar a la equidad de los jueces supondría que los magros privilegios que la ley le reserva pudieran verse disminuidos[19]. Habrá de ser el texto y nada más que el texto. El mismo duque apelará en vano a su clemencia -como ésta se articula en un registro metajurídico, no puede ser exigida. Al igual que el perdón o la gracia, la clemencia surge de la sobreabundancia del don, siendo así ¿cómo iba a dársela Shylock, si él únicamente cede para luego poder tomar más -él, el usurero a quien jamás una persona ha hecho un regalo?

En cualquier caso, Shylock se envuelve en la lógica de la venganza: lo más probable es que en ningún momento haya deseado ser reembolsado al final del plazo. Como pone de manifiesto su propia hija, es la "piel" de Antonio lo que él desea[20] desde el principio -la venganza es su verdadera motivación[21], una práctica del talión sobre la cual los judíos, por lo demás (como él, no sin razón, observa), nada tienen que aprender de los cristianos[22]. Nos daremos cuenta de que el tiempo de la venganza es un tiempo detenido e, incluso, regresivo; como si los relojes se hubieran detenido en el momento en el que se cometió la falta para la que se reclama castigo. El contrato es aquí el instrumento de ese tiempo detenido: lejos de evolucionar para procurar la colaboración de las partes, se paraliza en la ejecución mecánica de una venganza premeditada.

Pero, ¿permitiremos la ejecución de un contrato que es hasta tal punto inmoral? Mas que evocar algún instrumento legal que permita sin duda anular una cláusula penal aterradora -algo que no hubiera dejado de reducir la tensión dramática de la obra-, Shakespeare hace que la solución surja a partir de un exceso de legalismo. Disfrazada de joven jurista, Porfia, la mujer de Bassanio, es colocada junto al duque durante un simulacro de proceso en el que su erudición hará maravillas. En un primer momento, parece ser favorable a Shylock:

---

[18] *Ibidem*, pág. 75.

[19] En este sentido, cfr. R. Posner, *Droit et littérature*, traducción de Chr. Hivet y Ph. Jouary, Paris , P.U.F., 1996, pág. 114.

[20] *Ibidem*, pág. 73.

[21] *Ibidem*, pág. 63.

[22] *Ibidem*, pág. 64.

efectivamente -dirá-, no es posible encontrar poder alguno en Venecia que pueda ir contra un compromiso formal[23]. Pero no por ello el usurero ha ganado su parte: lo que el pagaré establece es "una libra de carne", ni más ni menos -cualquier gota de sangre derramada o todo gramo de carne que exceda la cantidad establecida será considerada como una violación de las leyes de Venecia. ¡Qué número de teatro! He aquí a Shylock confundido, obligado a renunciar a su pagaré e, incluso, penalmente encausado por su condición de extranjero que ha amenazado la vida de un ciudadano de Venecia.

El drama aquí presentado a grandes rasgos es como, por lo demás, suele suceder frecuentemente en Shakespeare, al menos, ambiguo. Podemos ver tanto una obra antisemita, y no nos equivocaremos[24]: el personaje de Shylock concentra todos los prejuicios vertidos sobre todos los de su pueblo, y la suerte final que se le reserva es injusta; aunque lo que Shakespeare pone en boca de aquel es una denuncia, a la que no le falta fuerza de convicción, de la hipocresía de la sociedad isabelina de su tiempo y, especialmente, de sus practicas esclavistas[25]. Como también podemos ver en esta obra una denuncia de la caricatura de contrato celebrado entre Shylock y Antonio, así como de la parodia de proceso en el que aparecen como partes contrarias. Es cierto que ningún sistema jurídico civilizado del siglo XVI hubiera prestado su apoyo a la ejecución de una cláusula sancionadora hasta tal punto contraria al orden público. Ya en esa época, el tribunal de equidad inglés libraba a los deudores de sanciones privadas desorbitadas; y, por lo que se refiere al Derecho judío, señala R. Drai[26], siempre ha prohibido arrancar carne de un animal vivo y *a fortiori* de un hombre. Además, el proceso que se le hace a Shylock es una farsa jurídica: curioso proceso en verdad, sin juez, sin abogado, donde el *amicus curiae* (Porcia) que toma la decisión está directamente interesada en el asunto de la querella; los derechos de la parte acusada no son respetados y el desacuerdo civil se cierra con una sanción...penal.[27]

Podemos así entrever en el personaje de Antonio, como lo hace Jean Carbonier, el prototipo de capitán de industria, soberano y trágico en la línea de los Loewenstein y de los Kreuger destrozados por la depresión de la entreguerras[28]. En fin, es posible leer también en el drama -curiosamente

---

[23] *Ibidem*, pág. 90.

[24] Ph. Malaurie, *Droit et literature*, Paris, Editions Cujas, 1997; cf. también R. Drai, *Le mythe de la loi du talion. Une introduction au droit hébraique*, Paris, ed. Alinea, 1991, págs. 37-48.

[25] Shakespeare, *Le marchan de Venise*, *op. cit.*, pág. 96.

[26] *Op. cit.*, pág. 41.

[27] Ph. Malaurie, *op.cit.*, pág. 72-73; R. Posner, *op. cit.*, pág. 110; R. Drai, *op. cit.*, pág. 47.

[28] J. Carbonnier, "Caractères juridiques", en *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 8 éd., 1995, págs. 367-368.

calificado de "comedia" -la fábula del talión; doble talión, en verdad: el que Shylock, el usurero caníbal, pretende ejercer en la persona de Antonio, y ese que Venecia decide, también ilegítimamente, imponer a Shylock[29].

Por lo que se refiere a nosotros, concentraremos nuestra atención en la fuerza jurídica y la intangibilidad temporal del contrato. Fuerza jurídica que da miedo y que proviene del pagaré, cuya sola mención casi puede sesgar la vida de Antonio; todos estaban de acuerdo en esto, hasta el duque y el propio Antonio: nada ni nadie podía prevalecer frente al rigor de la cláusula escrita. Y es que un precedente de semejante laxitud hubiera podido poner en juego el mismo crédito del mercado de Venecia. La letra del pagaré contenía un futuro inexorable, que como hemos podido ver, arrancaba de un pasado de rencor, y cuyo presente no podía frustrar aquellas expectativas.

Y, sin embargo, todos y cada uno de nosotros es consciente de la ilegitimidad de algo así: *¡summum ius, summa iniuria!* ¿No sería entonces preciso padecer una "pequeña injusticia" (denunciar la letra del contrato) para evitar la comisión de una más grande? -pregunta Basanio[30] ¿Es posible disociar en este momento la letra del espíritu del contrato? O, incluso más aun, ¿es tolerable que el espíritu que preside la conclusión y la ejecución del contrato esté en este momento sellado con la peor fe? Cuando imaginó la diabólica cláusula, Shylock no pretendía ser reembolsado y, una vez ganada su apuesta, no está dispuesto a hacer concesión alguna en su ejecución. La puesta en escena de estos interrogantes es lo que se propone la obra: aunque falten las palabras y los argumentos jurídicos, adivinamos que el contrato debe presentar una utilidad económica mínima para las dos partes y que debe descansar sobre un justo equilibrio para que el poder público concurra a su ejecución. ¿No se le ha propuesto a Shylock la devolución de su préstamo unido a copiosos intereses (¡400%!)? En estas condiciones, ¿no es abusiva y, finalmente, ilegal cualquier otra interpretación del contrato? La seguridad de la que se acompaña el contrato ¿debe entenderse como la inflexible ejecución de, incluso, sus cláusulas menos razonables? Sin embargo, ¿cómo dar cabida a la renegociación de sus términos si uno de los protagonistas se niega con obstinación?

Finalmente, la solución la encontraremos yéndonos a lo extremo, a una suerte de razonamiento al absurdo: poniendo la literalidad del contrato hasta su paroxismo, Porcia desencadena el drama y desenmascara la actitud de Shylock. Admitir la libra de carne y rechazar la sangre es demostrar mediante un argumento al absurdo que la cláusula o bien es inaplicable o es

[29] R. Drai, *op. cit.*, págs. 37-48.

[30] *Op. cit.*, pág. 90.

mortífera y que, en definitiva, se vuelve contra quien la invoca. Shylock, en efecto, sería un suicida si persiguiera hasta su fin la ejecución del contrato. Como Fausto antes, que intentaba asegurar su ipseidad vendiéndole su alma al diablo, Shylock se aliena en su obstinación al exigir la ejecución del pagaré. Está, en efecto, doblemente alienado: "loco" desde el momento en que rechaza todo arreglo aunque sea económicamente ventajoso, y más que nunca "extranjero" en la ciudad -judío y usurero para toda la eternidad; algo bien cierto, por cuanto que se ha creado para él un destino dónde los otros con agrado le empujarán. Aquí todavía, la mismidad de la letra (3000 ducados al final del término o una libra de carne) y el "carácter" (el judío no puede ser mas que usurero caníbal) encierran irrevocablemente la ipseidad de la persona, borrando el camino a toda temporalidad evolutiva, cerrando la puerta a toda renegociación de buena fe.

La lección sirve también para Antonio, cuya figura, si bien queda a la sombra de Shylock, no es por ello menos fascinante. Intriga la postura del magnífico armador que se vuelve de repente melancólico, tan dispuesto a suscribir una cláusula suicida, y que no discutirá su ejecución cuando los errores de cálculo acumulados hagan sonar la hora del fracaso. ¿Desesperanza real o desafío teatral a la manera veneciana? Poco importa, pues, en definitiva, lo que hace falta es terminar con esto; y así reclama que él y con él el contrato sean ejecutados - carne y letra confundidas como en la máquina infernal que escribía la sentencia sober el mismo cuerpo de los condenados en *La Colonia penitenciaria* imaginada por Kafka.

Solidarios en su suerte, Antonio y Shylock, Fausto y Mefistófeles hicieron del contrato una máquina infernal cuyos resortes, una vez sueltos no pueden ya ser rearmados -llega el plazo para la destrucción mientras que el tiempo se encierra en si mismo.

2.- El tiempo contractual: del perfecto al imperfecto

Al irse a lo extremo, las fábulas literarias de Fausto y Shylock constituyen una ilustración del tiempo contractual como tiempo a la vez instantáneo y fijo y, en definitiva, intemporal privilegiado por la teoría clásica de los contratos. Sin embargo, las propias realidades del Derecho positivo han destruido hoy por mucho esta concepción.

Antes de llevar a cabo un análisis crítico de esta concepción clásica, conviene subrayar sus aciertos. En efecto, cuando reclamamos una temporalidad más evolutiva del vínculo contractual es preciso subrayar que el contrato es, antes que ninguna otra cosa, un instrumento de dominación del futuro, un instrumento de previsión destinado a reducir el componente azaroso del porvenir, los cambios de las circunstancias y las debilidades de la voluntad. Ser acreedor de un crédito que grava a otro implica algo así como

si una parte del futuro pasara a ser, desde entonces, apropiable. Arrancado de las contingencias de los acontecimientos, sustraído a las fluctuaciones del plazo, el crédito representa la certitud de que lo convenido tendrá necesariamente lugar. Es como si, de repente, el porvenir se corporizara y se le atribuyera, bajo la forma de una anticipación segura de sí, consistencia normativa. Lo que está en juego es enorme. En el plano económico, la simple previsión de las ventajas que el futuro traerá, la perspectiva de los frutos que la cosa o la empresa engendrará representan un valor -un "interés" inmediatamente movible. Por la fuerza del performativo jurídico, estas prestaciones y ganancias, pese a serlo todavía "en potencia", se incorporan, desde entonces, al patrimonio del acreedor.

Por supuesto que en estas anticipaciones reside una parte del riesgo. Un futuro comprometido no es necesariamente un futuro garantizado. El riesgo contribuye incluso a la valorización de lo que está en juego. Precisamente, la regla del juego contractual es que los contratantes, o uno de los dos, asume esta parte de riesgo que inevitablemente conlleva el futuro. Esto es lo que implica adherirse al contrato y si a éste se le añade la cláusula "siempre y cuando el resto de las circunstancias permanezcan inalteradas", entonces la seguridad queda comprometida- contratar bajo esta condición es, por lo tanto, no comprometerse totalmente, pues, sin duda, es imposible tener en cuenta "todas las cosas" que pueden ser relevantes o medir rigurosamente en qué y hasta que punto permanecerán "iguales". Esto supondría también comprometerse en un proceso de renegociación permanente, surgido de una perspectiva que da valor a la seguridad, que pretende compensar el mínimo desequilibrio y detener el menor riesgo[31].

Estas consideraciones, que insisten en una cierta fenomenología del contrato, siguen siendo correctas. Queda, sin embargo, por señalar que a esta confianza en las virtualidades del devenir (el "crédito de tiempo" que engendra el contrato), se une la confianza en el coparticipe del contrato. Más todavía: ésta condiciona aquella. He aquí lo que redescubren la doctrina y la práctica contemporáneas: el contrato no será un instrumento para dominar el futuro, no se le garantizará la estabilidad salvo a condición de mantener la confianza mutua sobre la que descansa. En tales condiciones, admitir que no se negocia mas que progresivamente y con prudencia, adaptarse, si se da el caso, a la renegociación de ciertas cláusulas -inscribirlo, para ser exhaustivos, dentro de una temporalidad móvil y evolutiva- no significa minar su fuerza performativa (es decir, su capacidad de engendrar el devenir del

[31] Cfr. A Seriaux, "Le futur contractuel", en *Le droit et le futur*, J.J. Austruy y otros, Paris, P.U.F., 1985, págs. 86-87.

contrato), sino que, más bien al contrario, implica acercar a este último a sus condiciones de éxito.

Hechas estas precisiones, estamos ahora en disposición de presentar la teoría clásica de la temporalidad contractual y de demostrar las transformaciones que actualmente sufre, aun si, como lo subraya Thibierge-Guelfucci, la doctrina contemporánea[32] no ha evolucionado operando un cambio de paradigma, sino mediante enmiendas y excepciones añadidas a unos dogmas que no han sido alterados.

Para la teoría clásica, las negociaciones precontractuales no tienen valor jurídico: todo sucede como si la autodeterminación de las partes hubiera tenido lugar en un instante de razón, aquel en el que sus consentimientos se encuentran y en el que el acto, que de la nada normativa ha pasado instantáneamente a la vida jurídica, fuera, a partir de entonces, *perfecto* y portador de todos sus efectos jurídicos futuros. Es la doctrina -según escribe J.M. Mousseron[33]- del "amor a primera vista", de "la unión espontánea e instantánea" de las dos voluntades; M.A. Frison-Roche apunta que aquí "el contrato es un punto en el tiempo donde la voluntad, viva como el relámpago, elige una voluntad *alter ego* dispuesta a ir a su reencuentro para un disfrute intemporal de su unión"[34].

El acto, una vez formado, puede reivindicar su intangibilidad. Encerrado en la inmutabilidad de sus términos y en la supuesta "intención común de las partes", se encuentra ahí, seguro de atravesar el tiempo sin ser afectado ni por los cambios de las circunstancias, ni por las inflexiones internas de la mencionada voluntad. El contrato, una vez concluido, se impone a las partes escapando, en adelante, a su voluntad; resiste los impulsos de intervención por parte del juez, quien pudiera estar tentado de ajustar los términos; se opone con éxito incluso a una nueva ley que pudiera pretender ejercer una acción inmediata sobre sus efectos ya en curso. Tal "burbuja" o "bloque"[35] se aísla del flujo del tiempo y se resiste a toda erosión, incluso lleva con él la supervivencia de la antigua ley bajo el título de elemento de las previsiones contractuales. "Burbuja" intemporal y "bloque" cristalizado de derechos y obligaciones. Cualesquiera que sean los desequilibrios que le afecten desde el origen o los que le imprimirán ulteriores sucesos, el contrato elude todo desa-

---

[32] C. Thibierge-Guelfucci, "Libres propos sur la transformation du Droit des contrats", en *R.T.D. civ.*, abril-junio, pág. 370 y ss.

[33] J.M. Mousseron, "La durée dans la formation des contrats", en *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, pág. 509.

[34] M.A. Frison-Roche, "Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droits des contrats", en *R.T.D. civ*., julio-septiembre, 1995, pág. 575.

[35] Estas expresiones son de C.Thieberge-Guelfucci, o*p.cit.*, pág. 360.

fío ulterior. Excepto en la hipótesis extrema de fuerza mayor, que convierte en imposible la ejecución de las obligaciones, el contrato tiene vocación de ser aplicado, aunque haya devenido inútil o injusto en relación con los deudores. Sólo es preciso recordar en relación con esto los sorprendentes términos de la famosa sentencia "*Canal de Craponne*" en la cual el tribunal de casación no quiso consentir la revisión de una obligación de cantidad que resultaba de un acuerdo concluido... 316 años atrás: apoyándose sobre una concepción inflexible de la seguridad jurídica y una interpretación discutible del artículo 1134 del Código civil, el tribunal decidió que: "en ningún caso entraba dentro de la competencia de los tribunales ni de los jueces, por muy respetuosa con la equidad que les pareciera su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los acuerdos de las partes y sustituir por cláusulas nuevas las que fueron aceptadas libremente por los contratantes"[36].

Ha sido denegada también la consideración de un tiempo transformador en decisiones más recientes, como es el caso de la sentencia del 31 de Mayo de 1988 en la cual el tribunal de casación sigue oponiéndose a la revisión del contrato por parte del juez: si las partes no han introducido una cláusula de adaptación con el fin de hacer variar el precio en función de las fechas del envío, es preciso presumir que su deseo era acogerse al precio inicial[37].

Pero, como sucede en el caso de cualquier inhibición, el tiempo, desde luego, regresa; y es razonable pensar que con él más justicia y realismo. Para comenzar, por lo que se refiere a la conclusión del contrato, hoy estamos de regreso de la instantaneidad y, consecuentemente, a partir de ahora de lo que se trata es de la formación progresiva del acuerdo. La fase de negociación es hoy objeto de mayor atención: en estas negociaciones usualmente prolongadas en el tiempo y puntualizadas con acuerdos parciales, con promesas de adquisición de compromisos, con cartas de intenciones, descubrimos obligaciones específicas. Si bien no se trata todavía de ejecutar las cláusulas del contrato que tenemos entre manos, al menos nos comprometemos a negociar con lealtad, a no retirar la oferta de manera intempestiva y a esforzarnos por llegar a un acuerdo equitativo dentro de un plazo razonable. A propósito de estos "contratos de negociación"[38] se desarrolla una "deontología de la negociación"[39]; deontología que tiene el mérito de insertar el futuro contrato

[36] Cass. fr., 6 de marzo 1876, *D.P.*, 1876, I, pág. 193 y ss.

[37] Cass. fr., 31 Marzo 1988, *Bull.*, civ. IV, nº189, pág. 132.

[38] Cfr. B.Frydman, "Négociation ou marchandage? De l´éthique de la discusión au droit de la négociation", en *Droit négocié, droit imposé?*, bajo la dir. de Ph. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruxelles, 1996, pág. 231 y ss.

[39] La expresión es de M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction des clauses*, Feduci, Forum européen de la communication, 1989, pág. 34.

en una perspectiva al tiempo más prolongada y más concreta: a la luz de las diferentes etapas de su génesis, el acuerdo no podrá ya ser interpretado ni ejecutado sólo bajo la luz de su letra o de una hipotética intención común puramente formal.

Si a partir de ahora la formación del contrato puede extenderse en el tiempo, su conclusión no se reduce ya más, ni ya necesariamente, a un instante puntual: bien los plazos para la reflexión retardan o suspenden la perfección del acto, bien la facultad de arrepentimiento o los plazos de retracción condicionan su mantenimiento[40]. El "flechazo" del amor ciego del que se trataba antes cede su lugar al consentimiento razonado y a la aproximación progresiva de los puntos de vista, más sólidos y realistas gracias a los ajustes graduales.

Por otro lado, ¿qué queda de la pretendida inmutabilidad del contrato? Desde el momento en que se le considera como un "vínculo" vivo entre las partes que une una "relación contractual", es previsible que nos adaptemos más fácilmente que ayer a un ajuste de sus términos en la medida en que una imperiosa necesidad lo justifique. Expuesto con más frecuencia que en el pasado al efecto inmediato de nuevas leyes[41], el contrato ya no se encuentra tampoco al amparo de posibles intervenciones correctoras de los jueces preocupados por reequilibrar las prestaciones, por erradicar las cláusulas abusivas o por modificar los términos para tener en cuenta la delicada situación del deudor. Así la *ley Neiertz* del 31 de diciembre de 1989 autoriza al juez, si las dificultades que ha de afrontar el deudor lo justifican, a modificar los términos del contrato, sea que se trate de aplazar las devoluciones o de reducir las cantidades a pagar en concepto de intereses.

Esta mayor flexibilidad del contrato, lejos de poner de manifiesto su vulnerabilidad, le confiere una mayor capacidad de adaptación y, con ello, oportunidades más altas de sobrevivir a lo fortuito de las circunstancias. Da testimonio, concretamente, del hecho de que, a partir de ahora, en caso de irregularidad del acuerdo, será preferible la solución "regularizadora" que mantiene el contrato en vigor (esa que, por ejemplo, "tiene por no escrita" la cláusula ilegal), más que la sanción radical de la nulidad total[42].

Sabemos también que el tribunal de casación acepta en adelante la fijación del precio por referencia a la tarifa del vendedor, a condición, sin

---

[40] J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats*, págs 519 y ss.; cf. también J. Hauser, "Temps et liberté dans la théorie genérale de l'acte juridique", en *Religión, société et politique. Mélanges en l'honneur de Jacques Ellul*, Paris, 1983, pág. 503 y ss.

[41] H. Cousy, "Invloed van de nieuwe wet op lopende overeenkomsten", en *De retroactiviteit van rechtsregels*, Jura Falconi Libri, Leuven, 1998, págs. 39 y ss.

[42] C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*, págs. 362-363.

embargo, de que este último no abuse de esa facultad[43]; algo que es mejor que la sanción radical, la antigua nulidad total y absoluta por indeterminación del precio.

Igualmente se privilegia el espíritu de colaboración entre las partes; una suerte de *affectio contractus* o voluntad de cooperar para lograr el éxito de una obra común, que implica el cuidado del mantenimiento del vínculo contractual y de su ejecución de buena fe. A partir de ahora podrán sancionarse aquellos comportamientos que sean desleales y la voluntad abusiva de ocultarse tras la letra para sustraerse a la obligación de renegociar el contrato que se ha convertido en insoportable para el deudor. De esta forma, el tribunal de apelaciones de París -no desaprobado por el de casación- puede condenar a una compañía petrolera por no haber cooperado con su distribuidor autorizado en la renegociación del precio de compra de carburantes, precio que no le dejaba ningún margen de beneficios a este último[44]: incluso en caso de ausencia de cualquier cláusula contractual en este sentido, la buena fe obliga al acreedor a renegociar los términos del contrato por no presentar ya utilidad económica para la contraparte.

Para sintetizar la evolución sufrida, podríamos decir, con Thibierge-Guelfucci, que, de ahora en adelante, las relaciones entre libertad y seguridad se invierten[45].

Expliquémoslo: en la teoría clásica, es la libertad la que está en su punto álgido justo antes de la conclusión del contrato, mientras que, a partir del instante en el que éste ha sido concluido, es la seguridad la que se maximiza -la ley contractual, irrevocable e intangible, impide en adelante liberarse de él. Es preciso ver además que, en este modelo, prevalece el punto de vista del más fuerte: libre a la hora de decidir entrar o no en el contrato, libre de escoger quiénes serán las otras partes contractuales y de fijar los términos del contrato en cuestión; el contratante más fuerte se beneficia entonces de una "seguridad jurídica" que podría muy bien significar inseguridad e injusticia para el deudor poco afortunado. Esta situación se invierte hoy, la libertad contractual se limita en el momento de la conclusión del acuerdo (toda suerte de obligaciones canalizan su negociación y orientan el contenido de sus cláusulas), mientras que, por el contrario, aumenta la posibilidad de salir del contrato o, al menos, de obtener una relajación de sus términos. Actualmente, todo tiene lugar como si a una fase preliminar más "aseguradora" le sucediera una fase de ejecución más "liberadora": y es que, sobre todo,

[43] Cass., Ass. Plén. 1 diciembre 1995, *D*, 1996, pág. 13, concl. Jéol y nota L. Aynes; *RTD civ.,* 1996, pág. 153*, obs.* Mestre; *J.C.P*., 1993, II, 22565 y nota J. Ghestin.

[44] Cass., Com. 3 noviembre 1992, *J.C.P.*, 1993, II, 22164 y obs. Virassamy.

[45] *Op. cit.*, págs. 375-376.

prevalece el cuidado en la protección del más débil, que tiene necesidad de ser debidamente informado antes de vincularse y que, en lo que sigue, debe poder beneficiarse de un compromiso que mantenga una justa contraparte y un efecto útil para él.

Para la concepción clásica, el contrato hacía surgir instantaneidad de su conclusión e inmutabilidad de su ejecución: la intangibilidad de la letra acompañaba la espontaneidad casi mágica de su escritura. De hecho, un contrato así se situaba "fuera del tiempo". Los desarrollos contemporaneos, restituyéndo al contrato la duración de la vida concreta, han hecho que éste reencuentre el hilo del tiempo y esto es así tanto antes como después de su conclusión. La inmutabilidad de la letra hace así lugar a la progresividad del espíritu: el contrato es un vínculo con vida que va escribiéndose a lo largo de sus distintas etapas de elaboración. Del contrato tal y como fue expresado al contrato querido o deliberado, y del contrato concluido al contrato ejecutado, se producen una buena cantidad de metamorfosis en el curso de las cuales se ejerce la fuerza consolidativa (pero a veces también destructiva) del tiempo: es el pasaje progresivo de lo posible a lo real, de lo indeterminado a lo determinado, de lo informe a lo formado y de la potencia al acto. Pero el acto jurídico que resulta no puede pretender su perfección el día de su conclusión formal. La teoría clásica veía perfecto este acto a partir del simple hecho de la concordancia de las voluntades del que era resultado. Su "intemporalidad" era el tiempo ficticio y abstracto del *perfecto* que presenta al acto o a la acción en un estado (siempre ya) alcanzado, como si el dominio que la voluntad ejerce sobre el tiempo fuera tal que ella, desde el principio, detuviera por completo los avatares. Podríamos decir, por otro lado, que el tiempo contractual que se manifiesta hoy a través de sus transformaciones jurisprudenciales y legislativas es más bien el tiempo del *imperfecto* -tiempo que dura y que es iterativo, que presenta la acción siempre desenvolviéndose y cuyo comienzo y final no son identificables con precisión. Lejos de traducir la imperfección del contrato, este imperfecto da testimonio más bien de su mayor capacidad de supervivencia al satisfacer mejor que ayer las exigencias de justicia y de utilidad económica.

Claro que esta transformación del tiempo contractual no es ajena a la modificación de la concepción acerca de los fundamentos del contrato. El "perfecto" del contrato instantáneo e inmutable va de la mano de la sobrevaloración, típicamente liberal, de la autonomía de la voluntad: una vez ha encadenado al tiempo, la voluntad de las partes debe también tener fuerza de ley sobre ellas. Con el tiempo del imperfecto, el centro de gravedad del contrato se desplaza, y no es tanto, como un modo de pensar dicotómico nos conduce a menudo a pensar, en dirección hacia un orden público rígido (en última instancia, solamente habríamos sustituido una soberanía por otra, la

perfección de la voluntad estática ocuparía el lugar que fue dejado libre por las partes), que en dirección a los elementos más objetivos, más realistas y más institucionales de la relación contractual: dicho en dos palabras, "lo útil y lo justo"; para hablar como J. Ghestin: "el fundamento de la fuerza vinculante reconocida al contrato por el Derecho objetivo se deduce de su utilidad social y de su conformidad con la justicia contractual"[46].

J. Carbonnier había anticipado el cambio: él anunció que la mayor atención que venía prestándose a los elementos realistas del contrato iba a desplazar progresivamente el centro de gravedad del contrato del momento de su formación al de su ejecución[47]. A partir de entonces es menos la voluntad autónoma la que cuenta -aunque ésta sigue siendo el ideal del contrato y el elemento que da inicio a la constitución de un vínculo durable-, que la puesta en funcionamiento de una institución inspirada por las ideas de buena fe, de equilibrio contractual y de utilidad económica. Esa inconclusión de la que el imperfecto del contrato da testimonio llama a una elaboración progresiva de sus previsiones y, si se da el caso, a un ajuste de sus términos. Los nuevos principios, surgidos menos de un "dirigismo" que de un "objetivismo" contractual[48], contribuyen a partir de ahora a darle forma. En primer lugar, se pensará en la búsqueda de la igualdad subjetiva entre las partes que explica que las obligaciones de información y de lealtad sean a cargo del vendedor y que justifica la interpretación extensiva de los vicios de consentimiento o, más aun, la interpretación de las cláusulas, en Derecho de consumo, en el sentido más favorable al consumidor. A continuación se citará el principio de equilibrio contractual, entendido esta vez en sentido objetivo, principio que permite al juez remodelar el acuerdo que hubiera introducido obligaciones desproporcionadas a cargo de una de las partes y que, desde el momento en que remedia desequilibrios iniciales tales como las cláusulas penales manifiestamente injustas y los desequilibrios que tienen lugar posteriormente, justifica aquello que permita entreabrir la puerta a la revisión por imprevisión. Evocaremos, por último, un nuevo principio de "fraternidad contractual" que implica que cada uno debe "tener en cuenta, más allá de sus propios intereses, el interés del contrato y el de la otra parte contratante, aceptando ciertos sacrificios con el fin de favorecer la conclusión, la ejecución y el mantenimiento del contrato entendido como fundamento de una colaboración"[49]. En virtud de este principio (que quizá prefiramos reconducir al de buena fe), en ocasiones, como ya lo hemos vis-

[46] J. Ghestin, "La notion de contrat", en *Recueil Dalloz*, 1990, Chronique XXV, pág. 149.

[47] J. Carbonnier, "Sociologie de la vente", en *Flexible droit*, *op. cit.*, pág. 577.

[48] La distinción es de M.A. Frison-Roche, *op. cit.*, pág. 577.

[49] C. Thibierge-Guelfucci, *op.cit.* pág. 382.

to, se grava a las partes con una obligación de renegociación con el fin de asegurar la continuación de sus relaciones contractuales.

¿Diremos que esta concepción es decididamente demasiado idealista y que la fraternidad se inscribe más allá del Derecho? ¿Preferiremos partir de una antropología más pesimista y no ver entre los co-contratantes más que a dos enemigos con intereses opuestos que buscan solamente maximizar sus respectivas posiciones? Esta es la postura adoptada por Frison-Roche, pero es muy significativo el que esta autora, a partir de ese punto de comienzo opuesto, llegue a una misma concepción del contrato "que se extiende en el tiempo": "mecanismo sospechoso, industrioso, tentativo y prudente [el acuerdo] es el instrumento pesimista de esta guerra fría, conflicto creador sobre el que se construye el contrato" -un contrato "que se extiende en el tiempo y que va a convertir en obsesivas las cuestiones acerca de los procedimientos y las pruebas"[50].

Concluyamos: aspirando a encerrarse en el "perfecto" del acto jurídico, el contrato clásico creía beneficiarse de una "mismidad" intangible -sucediera lo que sucediera, tal contrato se "mantendría". Pero esto suponía despreciar la finitud de todos nuestros proyectos, negar la falta de completitud de nuestras previsiones y la indeterminación de nuestras intenciones, ocultar las inevitables contingencias de los acontecimientos por venir. Y así, aferrándose a la letra del acuerdo, corría el riesgo de ahogar el espíritu de colaboración sobre el que descansaba. Al restablecer el imperfecto de la duración concreta, la concepción moderna del contrato da oportunidad a su ipseidad -esto es, a su capacidad de permanecer el mismo, al tiempo que se reinventa a si mismo de otro modo, cada vez que las circunstancias lo exigen.

3.- Contrato social, tratado internacional, contrato de trabajo...

Los análisis en los que nos hemos sumergido no son solamente la panacea del Derecho privado: en otros sectores jurídicos aparecen también confirmados. La cuestión del *contrato social*, fundamento del edificio político-jurídico moderno, nos ofrece una primera ilustración particularmente significativa. En el espíritu de los "padres fundadores" (Hobbes, Locke, Rousseau), el contrato social es caracterizado, siguiendo el ejemplo del contrato privado, por la instantaneidad de su conclusión y la intangibilidad de su ejecución.

Para Hobbes, por ejemplo, el fin del estado de naturaleza y el traspaso del poder absoluto por parte del pueblo al Leviatán tiene lugar en un instante

[50] M.A. Frison-Roche, *op.cit.*, pág. 575.

de razón y no viene acompañado de ninguna especie de deliberación ni entre los ciudadanos, ni con el designado como soberano, hacia quien, a partir de entonces, todos manifestarán respeto[51]. Como en un registro mágico, es "instantáneamente" como se produce el efecto prodigioso: uno se vincula y, al segundo mismo, bajo la sombra del soberano todo poderoso, se vuelve imposible retornar a las condiciones iniciales. "Corto-circuito" político por el cual el pueblo, tan pronto se constituye en actor político, se auto-anula entregando totalmente su lealtad al poder absoluto del gran autómata político. El poder confiado al Leviatán es perpetuo, desde el momento en que el compromiso que lo produce es, el mismo, irrevocable: desde ese preciso momento nos encontramos sin la menor posibilidad de revisión de los términos del contrato. Al poder se le asegura una "eternidad de vida artificial" (es decir: "institucional") y ello a la vista de una "seguridad perpetua"[52]: de hecho el pueblo, temeroso y alienado por el contrato y bajo el liderazgo del gran Leviatán, busca la seguridad. Trocando su libertad por una pretendida seguridad, el pueblo se encierra en una intemporalidad que lo convierte, a partir de ese momento, en un extraño a si mismo (de nuevo la dialéctica de la mismidad y la ipseidad).

También para Locke y para Rousseau es de manera instantánea como se opera por medio del contrato social el pasaje del estado de naturaleza al estado social. Locke: "Cuando, nombrando a cualquiera de entre ellos, los hombres deciden constituir una única comunidad, tal acto tiene como efecto asociarlos de forma *instantánea* y, a partir de entonces, forman un cuerpo político único"[53]. Rousseau: "*En el instante* y en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo"[54]. Esta forma de contracción del tiempo no deja de suscitar, sin embargo, un problema que no pasa desapercibido a Rousseau: ¿cómo concebir que en un instante tan breve la voluntad general que se forma pueda determinarse eligiendo sus instituciones a la luz de la razón? El problema es formulado de esta forma: "Para que un pueblo que nace pueda probar las sanas máximas de la política y seguir las reglas fundamentales de la razón de Estado, haría falta que el efecto pudiera devenir causa, que el espíritu social que debe ser la obra de la institución presida la institución misma y

[51] Th. Hobbes, *Léviathan*, traducción al francés de F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 177; cf. También S. Goyard-Fabre, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Klincksieck, 1975, pág. 116.

[52] Th. Hobbes, *Leviatán*, *op. cit.*, pág. 202.

[53] J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. al francés por B. Wilson, París, 1977, p. 129.

[54] J.-J. Rousseau, *Du contrat social. Ou principes du Droit politique*, Paris, Bordas, 1972, pág. 76.

que, ya antes de las leyes, los hombres fueran quienes deben llegar a ser por ellas"[55]. Será preciso entonces que por algún proceso de conversión íntima o de iluminación colectiva, los individuos y el pueblo se anticipen de cierta forma al efecto pedagógico previsto por las leyes y al fluir del tiempo.

De la misma manera, Rousseau desconfía de la deliberación política en cuanto que, al estar frecuentemente asimilada a la promoción de los intereses partisanos, podría minar las instituciones poniéndolas bajo el efecto de las "asociaciones particulares": así, el "nudo social comienza a relajarse (...), las pequeñas sociedades influyen sobre la grande, el interés común se altera, la unanimidad no reina más en las voces y surgen contradicciones y debates"[56]. ¿Cómo podemos entonces apartar el espectro de la división social y restaurar la "unanimidad" necesaria para la fundación sagrada de la política? Conocemos las recetas imaginadas por Rousseau: las leyes escritas por un legislador inspirado y, para ser exhaustivos, supra-humano ("los dioses serÍan necesarios para darles leyes a los hombres"[57]), el recurso a los resortes de la religión civil y a las virtudes del juramento y después, especialmente, -en un sorprendente regreso de lo reprimido- la atención extrema dada por el legislador a las mores, a las costumbres y a las tradiciones que hacen la vida real de los pueblos, marcan el corazón de los ciudadanos y son "la verdadera constitución del Estado"[58]. El gran legislador no deja de interesarse por estas tradiciones, reflejo de un tiempo prolongado, evolutivo y colectivo que desborda por todos lados el tiempo instantáneo del contrato social. De hecho, escribe Rousseau, "aunque parece contentarse con reglamentos particulares, en secreto se ocupa de aquel"[59]. Y, en efecto, hace bien ocupándose de ello: la opinión, las mores, las costumbres vienen a formar el espíritu de las leyes; suplen sus inevitables carencias y mantienen el vínculo social aun si se relajan; al sustituir el hábito por la autoridad, permiten también economizar la fuerza.

En principio pues el contrato social estaba entonces concebido en la misma línea instantánea e inmutable en la que era concebido el contrato civil; de esto se seguía una concepción formal y positivista de la Constitución (y, más generalmente, de la producción de las leyes); sólo la letra de ésta, expresión de la voluntad soberana de la nación, era autoridad -habiendo sido inspirada y guiada su interpretación por los valores y principios, y estando su ejecución ulterior constreñida en los márgenes del Derecho; como, por lo demás,

---

[55] *Ibidem*, págs. 109-110.

[56] *Ibidem*, pág. 182.

[57] *Ibidem*, pág. 107.

[58] *Ibidem*, pág. 126.

[59] *Ibidem*, pág. 126.

el tiempo prolongado sobre cuyo fondo había tenido lugar su edicción. Pero Rousseau había anticipado bien el problema: privada de este cemento de valores y de principios, separada de la duración real y evolutiva de la historia, encerrada en el perfecto de su letra y sorda a las transformaciones de su espíritu, la ley no podría responder a esas expectativas. De la misma manera, nos hemos aproximado progresivamente a una concepción más material de la Constitución y de la ley, algo que es también una forma de volver a tomar el tiempo continuo y evolutivo del imperfecto[60]. Un Derecho pre y trans-constitucional ha pasado a asegurar las transiciones y enmarca las revisiones constitucionales, determinados principios supra-constitucionales son liberados y algunas normas fundadoras son puestas al abrigo de revisiones constitucionales intempestivas, tribunales constitucionales aseguran de un día para otro la actualización de la ley fundamental, en Estrasburgo, una Corte supranacional recuerda a los Estados europeos la prioridad de los derechos fundamentales sobre la razón de Estado. Tantas instituciones y técnicas destinadas a delimitar las soberanías nacionales, a relativizar el voluntarismo de las leyes subordinándolo al respeto de los principios superiores y asegurándoles una puesta en funcionamiento evolutiva conforme con los movimientos largos y profundos de la conciencia colectiva.

Una rápida incursión en el dominio del *Derecho internacional público* debería convencernos de que los tratados internacionales, que son contratos entre Estados, no son tampoco ajenos a la evolución de la que aquí nos ocupamos. Cualquiera que haya podido ser la concepción voluntarista-formalista que prevaleció todavía ayer en relación con ellos, hoy predomina una aproximación realista en cuyo centro figura la noción de buena fe. "Todo tratado debe ser ejecutado de buena fe" establece el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados* (1969). Es igualmente de "buena fe" como ha de ser interpretado el tratado (artículo 31). De estas exigencias, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya deduce una obligación de renegociar el tratado (más que establecer su ruptura) cuando las circunstancias han modificado los elementos de éste. Tal fue la decisión tomada el 25 de Septiembre de 1997 en el marco de un litigio entre Hungría y Eslovaquia. Veinte años antes los dos Estados habían concluido un tratado con el fin de realizar en común unos trabajos faraónicos de acondicionamiento y desarrollo de la zona del Danubio: estaba prevista una inmensa central hidroeléctrica, así como unas barreras, lagos artificiales, un sistema de canales y de esclusas. Sin embargo, pronto se acumularon las dificultades:

[60] Cfr. Particularmente O. Beaud, *La puissance de l' Etat*, P.U.F., París, 1994; *La democratie continue,* bajo la dirección de D. Rousseau, París, LGDJ, 1995; F. Ost, *Le glaive et le sablier. Donner le temps, dire le droit*, por aparecer.

problemas financieros y, también, ecológicos. Los trabajos se ralentizaron y en 1989 Hungría suspendió su participación en el proyecto: entonces, la liberalización política en curso permitió a los científicos y a los defensores del medio ambiente expresar sus miedos en relación con los daños causados al medio natural. Sin embargo, Eslovaquia persiste: construye en su territorio una central de dimensiones más reducidas y para alimentarla desvía no menos de nueva décimas partes del volumen de las aguas del Danubio.

El Tribunal entenderá que tal desvío, que implica un perjuicio grave para el medio ambiente de Hungría, es ilícito, pero, con todo, no accede a la petición de ésta, que entendía que el tratado debía romperse. Lo que dice el Tribunal es que el acuerdo, que sigue vinculando a las partes, contiene dispositivos evolutivos susceptibles de completar las normas medioambientales más recientes. Lejos de ser rígido, el tratado prevé una obligación continúa y por tanto evolutiva de velar por la calidad de las aguas del Danubio y por la protección del medio ambiente. Los dos Estados son entonces reenviados a la mesa de renegociación con la obligación de cooperar "de buena fe": ha de intentarse hacer prevalecer el espíritu del tratado sobre la letra. "El principio de buena fe", concluye el Tribunal, "obliga a las partes a aplicar el acuerdo de forma razonable, de tal forma que su objetivo, comprendiendo el respeto hacia el medio ambiente, pueda ser alcanzado"[61].

El *Derecho del trabajo* nos provee un tercer terreno privilegiado de observación de la superación de la concepción intemporal e individualista del contrato. ¿Acaso no habla Alain Supiot del contrato de trabajo como de "una síntesis original de los conceptos de estatuto y contrato"[62]? Estas dos categorías -nos explica-, una de las cuales postula y la otra excluye la voluntad de los sujetos de derecho, han sido "reelaboradas para responder a las cuestiones planteadas por la *relación* de trabajo"[63].

Al comienzo, sin embargo, es decir, en el Código civil de 1804, no se trataba de una relación laboral, sino del trabajo-mercancia negociado por el trabajador en los términos de un contrato de prestación de servicios, asimilado al contrato de arrendamiento de cosas. Es tan poco lo que se distingue esta forma de arrendamiento del arrendamiento de mercancías que sólo dos artículos del Código (el artículo 1780 y el 1781) le han sido consagrados. Dentro de la perspectiva liberal de la época, el trabajador-persona, sujeto de derecho, dotado de autonomía, se vincula libremente con el empleador en una relación supuestamente equitativa; le arrienda su fuerza de trabajo, el

[61] Tribunal internacional de Justicia, sentencia de 25 de Septiembre de 1997 en el asunto relativo al projecto Gabcokovo- Nagynaros (Hungría-Eslovaquia), párrafo 141-142.

[62] A. Supiot, *Critique du Droit du travail*, París, P.U.F., 1994, pág. 13.

[63] *Ibidem,* lo subrayo.

trabajo-mercancia es asimilada a un elemento de su patrimonio. La contradicción fundamental sobre la cual descansan estas calificaciones jurídicas es que a pesar del mutismo de la legislación, el verdadero objeto del contrato no es otra cosa que el cuerpo del trabajador -un cuerpo sobre el cual ejerce su ascendencia el empleador.

Ahora bien -no cesamos, por otro lado, de afirmarlo- el cuerpo humano está, en principio, fuera del comercio. ¿Cómo conciliar entonces la validez del contrato de trabajo con la ilegalidad de las convenciones que tienen el cuerpo como objeto? Hace falta superar esta contradicción pues la cosificación de la persona avanza amenazante.

La alineación de la que los trabajadores, comprendiendo aquí también a los niños, fueron víctimas en el siglo XIX es, por lo demás, una ilustración histórica indiscutible.

No estamos pues tan lejos entonces de la libra de carne comprometida en garantía por Antonio o de la cesión de toda su persona, cuerpo y alma, de Fausto a Mefistófeles. En el molde del contrato individualista-instantaneista, el trabajo-objeto recobra y arrastra al trabajador-persona. En nuestra lengua, diremos que la "mismidad" del trabajo-mercancía o del cuerpo alienado encierra la "ipseidad" del trabajador. A expensas de empleos precarios, condenado a ganar su vida "día a día", privado de todo estatus y de toda estabilidad permanente, el trabajador es llevado a la condición de cosa afectada en virtud de los impulsos del contrato -empleado un día, y arrojado, al día siguiente, a una situación de no derecho.

El progreso llegará de la mano de la emergencia progresiva, a lo largo del s.XX, de un Derecho del trabajo que pondrá su empeño en reinsertar los valores extra-patrimoniales del trabajador-persona en la relación mercantil sobre el trabajo-cosa. Para empezar dejará de ignorarse que, en el trabajo, es el cuerpo -la vida, la piel- del trabajador el que está comprometido: a partir de entonces nos preocuparemos de asegurar mejor la seguridad física (seguridad *en* el trabajo). A continuación, tomaremos conciencia de que, al comprometer su cuerpo, es toda la persona del trabajador la que está en juego: progresivamente cuidaremos de garantizar la seguridad de su existencia más allá del mero tiempo de trabajo (seguridad *mediante* el trabajo). En definitiva, nos daremos cuenta de que mediante el trabajo lo que gana el trabajador es una identidad (entendida esta vez como ipseidad, es decir, una libertad en transformación); queremos decir, un lugar en la sociedad, una utilidad y en consecuencia una dignidad -para ser exhaustivos, un estatus, un conjunto de derechos y de obligaciones basado en un empleo estable (estatus de funcionario, contrato de duración indeterminada del trabajador). Más aun que la seguridad, el trabajo así repersonificado confiere al trabajador un "estado" generador de la pertenencia a una comunidad. Como observa

A. Supiot, "el desarrollo del Derecho social ha provocado de esta forma un vuelta total del rol jugado por el contrato: de ser la expresión inicial de una concepción puramente individual de la relación de trabajo, el contrato se ha convertido, con el paso de los años, en el sésamo que permite acceder a un Derecho de los trabajadores definido colectivamente"[64]. Habiendo dejado de depender de los azares del *acto* jurídico puntual que representa el contrato, el trabajador se beneficia a partir de entonces de la protección continua que viene implicada por el disfrute de un *estatus*. Liberado de la tutela de las *voluntades* individuales, se trata, a partir de ese momento, de un *sistema institucional* acompañado de protecciones colectivas.

Si por entonces la forma contractual no ha desaparecido (queda todavía el acto-condición de la relación salarial que activa la aplicación del estatus), su supervivencia no ha tenido lugar mas que en la medida en que ha tenido éxito integrando el dispositivo legal que asegura al trabajador el estatus protector del que acabamos de hablar[65]. El orden público social impuesto por la fuerza pública no es, por lo demás, el único a quien esto concierne: las convenciones colectivas, los usos y la jurisprudencia contribuyen de esta forma a darle cuerpo. En este sentido, por ejemplo, pueden citarse las decisiones de la cámara social de la Corte de casación que han extraído de forma pretoriana una obligación de reclasificación del asalariado en caso de despido económico. En una sentencia de 25 de febrero de 1992, la alta jurisdicción ha juzgado "que el empleador, obligado a ejecutar de buena fe el contrato de trabajo, tiene el deber de asegurar la adaptación de los salarios a la evolución de sus empleos"[66]. Precisando esta jurisprudencia la cámara social ha juzgado, en una sentencia de 8 de Abril de 1992, que "en el marco de su obligación de reclasificación dentro de la empresa, el empleador debe, en caso de supresión o de transformación del empleo, proponer a los asalariados afectados los empleos disponibles de la misma categoría o, en su defecto, de categoría inferior, incluso si fuera esto necesario mediante modificación sustancial de los contratos de trabajo"[67]. Imponiendo así al empleador adaptar eficazmente el contrato, ¿puede el juez expresar mejor su cuidado que teniendo en cuenta, en el tiempo de una historia evolutiva, la persona de los trabajadores?

Cierto es que hoy, como sabemos, esta evolución está comprometida por la flexibilización y la desreglamentación consecutivas en la mundialización

---

[64] *Ibidem*, pág. 89. Las líneas precedentes son una síntesis sumaria de las tesis defendidas por A. Supiot en las páginas 13 a 110 del trabajo citado.

[65] A. Supiot, *op. cit.*, pág. 30.

[66] *D.*, 1992, pág. 390, *véase* M. Defossez.

[67] *J.C.P.*, 1992, éd. E, II, pág. 360, nota J. Savatier.

de la economía. Se multiplican los signos en regresión hacia empleos cada vez más precarios y atípicos que traducen una cierta desinstitucionalización del estatus del asalariado. Es significativo que R. Castel hable en relación con esto de "desafiliación" para referirse a esta precarización de la condición salarial cuya "exclusión" es, en su extremo, el último indicio[68]. Si estas transformaciónes se confirmaran, nos encontrariamos con que, de nuevo, se persentaría amenazante el espectro de una cierta violencia contractual: el tiempo devorando a sus obras amenazaría.

4. Tres intentos de interpretación

Ricoeur decía "que el símbolo nos hace pensar". Podemos decir lo mismo de narraciones tales como la de Fausto y Shylock: en efecto, ahí encontramos materia para la reflexión, algo como una intuición espontánea de los problemas a los cuales conduce una cierta lógica contractual. Confirmadas por los análisis de Derecho positivo, estas intuiciones pueden ahora ser conceptualizadas con la ayuda de aproximaciones más teóricas. Son los recursos provenientes de la teoría socio-jurídica de los contratos, después los de la teoría pragmática de la acción y, en fin, los de la teoría general del Derecho, los que iremos invocando sucesivamente.

La aproximación socio-jurídica trata de abrir el estudio del contrato reemplazándolo dentro de un contexto económico y social global, algo que no deja de integrar sus prescripciones y su temporalidad en una normatividad y un espacio-tiempo más largos y más diversificados. El trabajo reciente de Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*[69], puede ser considerado como un modelo de este tipo de análisis. Inspirado el mismo por la "teoría relacional del contrato" del americano I.R. MacNeil[70], Belley se libra al estudio sistemático de la práctica contractual de la sociedad americana Alcan, gigante del aluminio, que opera en Québec. El desplazamiento del tipo de estudio que propone esta clase de análisis que pasa del contrato como concepto jurídico al contrato como hecho social, y el interés que lleva a las prácticas contractuales más allá de las meras reglas de Derecho, conduce a denunciar el reduccionismo del análisis jurídico clásico de los acuerdos, que infravalora sistemáticamente el aspecto organizativo de las empresas, la diversidad de los órdenes jurídicos que sus acuerdos integran y el tiempo contínuo dentro del cual conciben inscribir sus relaciones de negocios.

---

[68] R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995, pág. 411 y ss.

[69] Cowansville (Québec, ediciones Y. Blais, (1998).

[70] I.R. MacNeil, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

Partiendo de la distinción entre "contrato predominantemente transaccional" (la venta) y "contrato predominantemente relacional" (el contrato de trabajo), Belley señala, siguiendo a MacNeil, la importancia creciente de la dimensión relacional de los intercambios. No se trata de que los contratos transaccionales desaparezcan, pero la práctica muestra que son muy frecuentemente integrados en el marco de acuerdos de tipo relacional en las que se definen las políticas que la empresa concibe llevar a cabo a largo plazo tanto en relación con sus clientes y sus proveedores como en relación con sus empleados y la región dónde ejerce sus actividades[71].

Cada vez que se intensifica y se prolonga la cooperación de las partes, las normas y los valores típicamente relacionales prevalecen sobre los imperativos específicamente transaccionales: la exigencia de un beneficio mutuo, la flexibilidad, el deber de buscar la preservación del futuro de la relación tienen, entonces, más importancia que la conformidad en la planificación inicial. "La relación global de las partes, las exigencias concretas de su cooperación, la solidaridad objetiva dentro de la cual les coloca su relación de cambio hacen entonces de contrapeso a las pretensiones de aquel a quien le gustaría aferrarse a la letra del contrato o a la única proyección inicial del cambio"[72].

Dentro de estas condiciones, la fuente de las proyecciones para el futuro perseguidas por la empresa no se sitúa ya más exclusivamente en el intercambio de consentimientos y en la autonomía de las voluntades, sino más bien en un entramado complejo de normas, de usos, de prácticas, de valores y de exigencias inscritas en espacios diferenciados, y a las cuales sólo el concepto de "internormatividad" puede hacer justicia. Es así como los contratos de Alcan hacen surgir no menos de cinco "estratos" (u "órdenes") jurídicos diferentes[73]: el orden jurídico estático del que es preciso respetar las prescripciones imperativas, la lógica reglamentaria "burocrática" interna a la empresa que conduce a una estandarización muy constringente de sus operaciones, la normalización técnica de sus políticas de aprovisionamiento que se analizan como el resultado de una planificación macro-económica en relación con la mundialización de la economía, las alianzas de tipo jurídico-político suscritas con la región y que traducen la voluntad de cooperar en el largo plazo para el progreso de los dos socios y, en fin, las relaciones individualizadas donde predominan las exigencias "morales" de la asociación, de la confianza y de la lealtad, y en las que se da buena cuenta del modelo de "contrato-estatus" del que hablaba Max Weber[74]. Entre el respe-

[71] J.G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, *op. cit*., pág. 302.

[72] *Ibidem*, pág. 304.

[73] *Ibidem*, pág. 205 y ss.

[74] *Ibidem*, pág. 223.

to de los "intentos legítimos" de una de las partes, inherentes a este "contrato-estatus", la puesta en marcha rutinaria de las prescripciones burocráticas internas, la integración de los objetivos políticos de la región, el respeto por las reglamentaciones estáticas y la conformación a las exigencias de una planificación económica, nos damos cuenta de en qué medida los contratos suscritos por Alcan deben operar, día a día, una conciliación dinámica entre los objetivos diversificados que desbordan por mucho la letra del contrato y el tiempo de los compromisos puntuales que ha concluido. En este modelo interactivo y complejo, la práctica contractual actúa como un instrumento suave para la dirección de las conductas y susceptible siempre de ajustes y revisiones. Lejos de encerrar a las partes en un collar rígido, el contrato se convierte en un instrumento de una política "reflexiva" que aprende de sus propios errores al tiempo que de sus éxitos y va integrando sus resultados en sus previsiones, con el fin de conciliar en la mejor medida posible las exigencias múltiples y a veces contradictorias (las del mercado y las de la ciudadanía, p.ej.) a las cuales la empresa ha de hacer frente.

El tiempo "relacional" que se desprende de esas prácticas es a la vez continuo y más evolutivo que el tiempo "transaccional" del intercambio puntual. Es un tiempo institucional, podríamos decir, reenviando de esta forma a las anticipaciones de Maurice Hauriou que hace varios decenios ya señalaba la multiplicación de los acuerdos que siendo contractuales en su origen se convertían progresivamente en institucionales[75]. El caso de las sociedades comerciales, cuya naturaleza jurídica es al menos tan estatutaria como contractual, es una ilustración significativa de esto. En tales hipótesis, señalaba Hauriou, un elemento de solidaridad se desarrolla entre las partes, haciendo que sus desacuerdos pronto no surjan más de la sola justicia "conmutativa" propia del toma y da contractual; se les presentarán riesgos imprevisibles, se tratará a partir de entonces de que el juez los reparta según la lógica "distributiva" adecuada a la institución[76]. Veámoslo: los análisis "relacionales" (MacNeil, Belley) e "institucionales" (Hauriou) convergen; en un buen número de casos, el contrato posee un tiempo más suave, más complejo y más solidario que éste, rígido y fijo, que se aferra a su letra y a la intención inicial que se supone que ha de traducir.

[75] Cfr. J.-A. Broderick, "La notion d' 'institution' de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif francais" en *Archives de philosophie du Droit*, 1968, pág. 143 y s.; M. Hauriou, "L'imprévision et les contratas dominés par les institutions sociales", en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, vol. 23, págs. 129 y ss.

[76] M. Hauriou, *op.cit.*, pág. 138 y ss.

La teoría pragmática de la acción que ilustra, por ejemplo, la obra de Pierre Livet: *La communauté virtuelle. Action et coopération*[77] confirma estas enseñanzas. Escribe P. Livet que "hemos abandonado la idea de una acción definida a partir de su intención, para estudiar una acción cuyo sentido está forjado a lo largo del camino, según las correcciones de las trayectorias que los errores y los imprevistos sugieren"[78]. De este abandono -típico de una aproximación "pragmática"- se deducirá un triple descentramiento en relación con la teoría clásica de la esencia "semántica". Cuando buscamos el sentido de la acción, más que concentrarnos en la iniciativa del emisor del mensaje (¿qué ha querido decir o hacer?), atenderemos a la manera en que sus actos y sus comportamientos son interpretados por el receptor (¿qué expectativas legítimas han suscitado en éste?)[79]. Más que aferrarnos únicamente al acuerdo explícito, tendremos en cuenta igualmente su "background" implícito (¿Cómo fue preparado? ¿Cómo se ejecuta? ¿Qué normativa subyacente moviliza?). Más que aferrarse a una concepción rígida del contrato cristalizado en forma de archivo, nos aferraremos a una concepción dinámica de la colaboración, siempre susceptible de revisión y de ajuste.

Midamos las objeciones que desde esta aproximación pueden serle dirigidas a la perspectiva clásica. Ésta, lo recordamos, no ve el contrato mas que en "la intención común y real" de las partes. Una intención que se supone que debe ser irrevocablemente fijada en el instante mágico de la formación del contrato. Así, la vida entera del acuerdo, desde su negociación hasta la reglamentación ulterior de sus incidentes de ejecución, es encerrada en un tiempo puramente abstracto y ficticio, sustraído a la puesta en funcionamiento concreto que recibe en el tiempo de la realidad.

El contrato era considerado "perfecto", lo recordamos, desde el momento en que una oferta completa había sido aceptada pura y simplemente: en la medida en que las voluntades no estén "viciadas", el acuerdo se cristaliza por el reencuentro de dos voluntades concordantes. Pero, precisamente, ¿no nos enseñan hoy las ciencias cognitivas que las intenciones reales de cada

---

[77] P. Livet, *La communauté virtuelle. Action et cooperation*, Paris, editions de l'Eclat, 1994; para una transposición de la tesis de este trabajo al dominio de la cooperación contractual, cfr. B. Frydman, *Le droit des contrats á la lumiere de la philosophie de l'action: indécidabilité, coopération et revisión,* por aparecer.

[78] P. Livet, op. cit., pág. 159.

[79] Cfr. Concretamente J. Ghestin, *La notion de contrat*, *op. cit*., pág. 151: "No es el valor que el interesado ha entendido que le concedía a su comportamiento el que debe ser tomado en consideración, sino el significado objetivo que los terceros, especialmente el co-contratante, han podido, legítimamente, atribuirle. Todo comportamiento, activo y pasivo, puede de esta forma manifestar la voluntad de su autor, desde el momento en que es usual reconocerle tal significación, o igualmente cuando ésta resulte normalmente de un determinado tipo de circunstancias. Esta solución viene impuesta por el principio de seguridad jurídica".

uno son, decididamente, poco "demostrables"[80]? ¿Qué decir entonces de las pretendidas intenciones "comunes"? ¿Qué decir, sobre todo, de las intenciones comunes que se supone que se han fijado definitivamente en el instante de la conclusión del contrato, como si la práctica ulterior no contribuyera a hacer evolucionar el sentido de éste?

Más que de cristalizar una improbable voluntad fijada en el preciso instante del acuerdo inicial, ¿no se trata desde ese momento de desplegar, como trata de demostrarlo la práctica jurisprudencial, un espacio para la deliberación y un campo de prácticas que, tanto antes como después del acuerdo, contribuye a precisar el sentido de éste -un sentido finalizado por el espíritu de colaboración que es la regla fundamental de la institución contractual?

Hemos visto que es desde este espíritu desde el que hoy se desarrolla un derecho "precontractual" que enmarca las negociaciones previas al acuerdo: se dispone a cargo de las partes obligaciones de información y de diligencia; se trata de que ellas colaboren con el fin de conseguir la conclusión de un contrato que tenga validez dentro de un plazo razonable. Es el mismo espíritu que debería, según una doctrina y una jurisprudencia en vía de formación, dirigir igualmente la resolución de las dificultades ulteriores de la interpretación y de la ejecución del contrato. O bien la referencia a la "buena fe" o a las "expectativas legítimas" de la contraparte[81] permitirá llenar las lagunas del acuerdo, obligando a las partes a aquellas implicaciones derivadas de las obligaciones según sea su naturaleza (art. 1135 del Código civil), como la buena fe se opondrá al "abuso" por una de las partes de su derecho cuando trate de conseguir una ventaja desproporcionada causando perjuicio a la parte co-contratante, o bien, finalmente, autorizará la renegociación del acuerdo en caso de que sobrevengan circunstancias excepcionales.

¿No nos encontramos de nuevo aquí con lo que denominábamos el tiempo del "imperfecto"? La relativa incertidumbre de las intenciones iniciales, la esencial incompletitud de las palabras y de los actos, lejos de conducir a la imperfección del acuerdo, justifican tanto una atención más grande a su ejecución concreta, como una obligación evolutiva de colaboración que reafirme las promesas.

La teoría general del Derecho ofrece una tercera aclaración de los fenómenos estudiados. Así, como debe ser, tomando de la altura y extendiendo el propósito a la producción de normas en general, la teoría general del Derecho ve en las evoluciones estudiadas el deslizamiento desde una concepción positivista del tiempo jurídico a una concepción que, a falta de algo mejor,

[80] P. Livet, *Op.cit.*, págs. 70-89.

[81] Sobre esta noción, cfr. X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d' un principe général de droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995.

llamaremos "post-positivista" (no hablo de "iusnaturalismo" para evitar la oposición dicotómica y estéril entre Derecho natural y Derecho positivo).

El tiempo positivista se concentra en los actos jurídicos, expresiones de la voluntad normativa de las personas privadas o de la soberanía del poder público. Tales actos, fruto de una especie de generación espontánea y a los que se ha prometido una vida eterna, se benefician instantáneamente -como hemos visto- de la fuerza jurídica y permanecen en vigor hasta que otra norma, también "espontánea", los abroga o los sustituye. Tanto la teoría civilista del contrato como la teoría publicista de la ley tienen la marca de tal instantaneidad. Se deduce de esto un modelo sincopado del orden jurídico reducido a una sucesión de actos y de normas sin un vínculo inteligible. Este modelo está, en efecto, desprovisto de un pensamiento y de una deontología de la relación entre reglas; los principios de su formación permanecen fuera del campo jurídico, con la excepción de la regulación puramente procesal de su sucesión.

Aislado de esta forma de los movimientos de opinión y de presión sociales que se ejercen sobre las reglas, sobre sus prácticas y sus interpretaciones, este modelo positivista se propone garantizar la seguridad jurídica. Pero, además, como se trata con frecuencia exclusivamente de la seguridad del más fuerte, esta seguridad tiene toda la vulnerabilidad del roble que resiste hasta el día en que, a falta de flexibilidad, se parte en dos.

Este tiempo positivista cede progresivamente el paso hoy a una temporalidad más "metamórfica" -queremos decir un tiempo de la transformación progresiva, el tiempo de las identidades que saben convertirse en otras sin dejar po ello de ser ellas mismas. Estas entidades no se interpretan más exclusivamente como "actos", sino también como "instituciones", que son encadenamientos de actos, de procesos en curso, de procedimientos evolutivos. La dialéctica que ellas ponen en acción es, a partir de ahora, menos esa, discontinua, de la instantanidad y de la intangibilidad, que la otra, mucho más continua, de lo instituido y el instituyente: las voluntades toman cuerpo en las formas instituidas que las fuerzas instituyentes transforman, sin embargo, a lo largo del tiempo. El modelo se enriquece de esta forma con una teoría y una deontología de las transformaciones normativas que dejan de hacer surgir únicamente reglas procesales. Lo hemos visto: al encuentro del estatismo de la convención-ley hoy se hace valer una regulación del momento que precede (negociación) y del que sigue al acuerdo (ejecución). También en el Derecho público se reintroduce la idea de una continuidad jurídica del Estado, de la nación, y de "las ideas del Derecho", generadora de un Derecho pre- y transconstitucional. Y, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo que este modelo pierde en previsibilidad -dada la posibilidad siempre abierta de un ajuste de la convención-, lo gana en capacidad

de previsión de adaptación -su seguridad, podríamos decir, es la del junco que se dobla pero no se rompe. Subrayaremos en fin que, si el modelo positivista valora las voluntades al inscribirse dentro de una perspectiva monista y jerarquizada del sistema jurídico, el modelo post-positivista, por el contrario, presupone que el Derecho se articula en una red, es decir, presupone la pluralidad y el anudamiento de las fuentes normativas entre las que se requiere que se desarrolle una colaboración.

De esta forma, paso a paso, la práctica jurídica del contrato es la prueba de un tiempo deneguentropía: un tiempo creador en cuanto que imperfecto- un tiempo abierto y plural que no trae el otro hacia sí, ni el yo hacia sí mismo. Pero todo eso estaba, sin duda, ya contenido, y de una forma muy sugestiva, en la historia de Shylock y en el mito de Fausto.

(Trad. Victoria Roca)

N O T A S

CUESTIONES PERSISTENTES Y MICROTEORÍAS*

José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra

1.

El título de esta mesa redonda 'Los nuevos rumbos de la filosofía del derecho' sugiere que en el ámbito filosófico es posible la novedad y, tal vez, el progreso. Seguro que no hay acuerdo sobre este punto entre los filósofos. Creo que fue A. N. Whitehead quien dijo alguna vez que la filosofía occidental no es otra cosa que notas a pie de página a la obra de Platón. Aunque esta afirmación contiene una buena dosis de exageración, nos alerta adecuadamente acerca de la existencia de cuestiones filosóficas persistentes. De otro modo no se entendería fácilmente el hecho de que muchas de nuestras discusiones filosóficas se remitan a aquello que dijeron Platón o Aristóteles. Si pensamos en la filosofía jurídica en concreto también es verdad que algunas cuestiones (el problema de la naturaleza del derecho, la relación entre el derecho y la moral, por ejemplo) persisten a través de toda la historia de la reflexión filosófica.

Sin embargo, mi intervención se centrará en ofrecer un breve bosquejo de la situación actual de la filosofía del derecho, especialmente en nuestro ámbito cultural, y en cuáles deben ser, en mi opinión, las líneas por las que debería transitar en el futuro. No estoy seguro de que el futuro, en este campo, acabe por ser como yo lo deseo. Pero como no creo reunir las condiciones para formular predicciones sensatas, me conformaré con expresar algunos deseos. Un aspecto agradable de la contingencia del futuro, entre otros muchos quebraderos de cabeza para los filósofos: el estatus de las proposiciones acerca del futuro, la naturaleza de los mundos posibles, etc.,

---

* Este texto fue presentado como contribución a la Mesa Redonda 'Los nuevos rumbos de la Filosofía del Derecho' en el *I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía Política*, en la sección de Filosofía del Derecho y del Estado, coordinada por Ernesto Garzón Valdés y Virgilio Zapatero -a los que agradezco su amable invitación-, que tuvo lugar en Alcalá de Henares, los días 18 a 20 de septiembre de 2002.

es que nos permite imaginarlo más confortable de lo que luego resulta ser. En resumen, mis modestas propuestas consistirán en, por un lado, un modo de enfocar las cuestiones persistentes y, por otro, una insistencia en el desarrollo de teorías de alcance limitado, no ocupadas ya de manera directa de las cuestiones persistentes, que por las razones que explicaré más adelante denomino *microteorías*.

2.

En un conocido trabajo,[1] Norberto Bobbio dividía la filosofía del derecho en tres partes: teoría del derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. Durante el siglo XX, la importancia creciente de la filosofía analítica y la asunción de sus postulados iniciales, que fueron los del positivismo lógico del Círculo de Viena, se reflejó en la centralidad de las cuestiones de teoría general del derecho y de la teoría de la ciencia jurídica. Dos de las preguntas centrales de la obra de Hans Kelsen, seguramente el más destacado filósofo del derecho del siglo pasado, guardan relación con ello: ¿cuál es la estructura normativa de los ordenamientos jurídicos? y ¿cuáles son los presupuestos epistemológicos que nos permiten conocer dicha estructura? La razón por la cual la teoría de la justicia estuvo ausente hasta mucho más tarde de estos debates es bien conocida: los postulados del positivismo lógico (que Kelsen compartía en este punto) aseguraban que no exisitía posibilidad de conocimiento en el ámbito práctico, que no había tal cosa como la racionalidad práctica. Las razones por las cuales se sostenía esta posición, en especial la asunción del principio de verificación, que negaba significado a los juicios de valor, han sido casi completamente abandonadas. No es de extrañar, por lo tanto, que después de la publicación de la obra de John Rawls, *A Theory of Justice*, el panorama haya cambiado casi completamente y la filosofía del derecho sea hoy contemplada por muchos como una parte de la filosofía práctica.

3.

En el ámbito iberoamericano, una vez superada una forma de concebir la filosofía del derecho, deudora del iusnaturalismo más rancio y cerrada a lo que ocurría en el exterior, el impulso más importante procedió del grupo que se formó en torno de A. L. Gioja (G. R. Carrió, E. Garzón Valdés, R. Vernengo, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, M. D. Farell, R.A. Guibourg. C.S.

[1] Norberto Bobbio, 'Nature et function de la philosophie du droit', *Archives de Philosophie du Droit*, 7 (1962) : 1-11.

Nino) y que renovó de forma muy importante el panorama iusfilosófico de lengua española. En España las cosas sucedieron más lentamente, en realidad todo sucedía más lentamente durante la dictadura franquista. Hubo que esperar un poco más para que las ideas de H. Kelsen, A. Ross, H.L.A. Hart o G. H. Von Wright centraran el debate iusfilosófico. En este sentido, las últimas décadas representan el logro de la normalidad para nuestra disciplina. Entiendo por 'normalidad' que el centro de los debates esté ocupado por los mismos problemas, y que éstos sean analizados con los mismos instrumentos, que aquellos que son usados en el resto de países de nuestro ámbito cultural. Cuando esto sucede, es posible afirmar que formamos parte de la misma comunidad académica.

4.

Como al principio decía, mi idea del futuro de nuestra disciplina contiene por una parte un modo de abordar las cuestiones persistentes y, por otra parte, una atención especial a cuestiones menos persistentes pero a menudo más urgentes que, aunque cuenta también entre nosotros con cultivadores, creo que merecería mayores esfuerzos. Para profundizar en ambas líneas es preciso estar atentos al desarrollo de las ideas en la filosofía general. Los avances en filosofía jurídica siempre llegan de la mano de ideas más generales de la filosofía general: no es concebible Kelsen sin el neokantismo, ni Ross sin el positivismo lógico, ni Hart sin la filosofía del lenguaje ordinario, ni Alchourrón y Bulygin sin la lógica deóntica y la obra de von Wright, ni Dworkin sin el amplio desarrollo de la filosofía moral y política en el ámbito anglosajón, en su caso a menudo de la mano de Rawls. Lo que ocurre en lógica, en filosofía del lenguaje, en epistemología, en ontología, en filosofía de la mente, en filosofía moral, en filosofía social o en filosofía política no nos puede pasar desapercibido, porque de ello habrán de surgir nuevas aplicaciones a nuestro ámbito. Pero también es preciso estar atentos a lo que ocurre en la ciencia jurídica, los diversos enfoques de la dogmática jurídica no nos pueden pasar tampoco desapercibidos, porque nuestra posición nos hace necesariamente *mediadores* entre los filósofos y los juristas. Es más, tampoco lo que ocurre en las ciencias sociales (economía, sociología, ciencia política, etc.) puede sernos ajeno, porque cualquier comprensión del derecho, que no deja de ser un fenómeno social, se enriquecerá de los avances en dichas disciplinas.

5.

Un modo, en mi opinión fecundo, de seguir abordando las cuestiones persistentes puede enmarcarse en la discusión que ha generado, sobre todo

en el mundo anglosajón, el positivismo jurídico hartiano. Como es sabido,[2] las tres tesis centrales del positivismo hartiano son las siguientes: a) la tesis de las fuentes sociales del derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de determinados hechos sociales, b) la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, con arreglo a la cual la validez jurídica de las normas y su adecuación moral son propiedades conceptualmente independientes y c) la tesis de los límites del derecho o de la discreción judicial, según la cual en todos los sistemas jurídicos se plantean supuestos de aplicación en los cuales el derecho está indeterminado. Como también es de sobra conocido, las tres tesis han sido sometidas a una crítica acerada por parte de Ronald Dworkin.[3] Señalaré algunas de las cuestiones persistentes que merecen, a mi juicio, un análisis más detallado en este marco general. Por una parte, la tesis de las fuentes sociales sugiere que el Derecho es un fenómeno social de naturaleza convencional. Sin embargo, de qué manera debe explicarse la naturaleza convencional del Derecho es algo sobre lo que todavía queda mucho por hacer. Obviamente, las aportaciones de la filosofía social son aquí de la máxima relevancia. La tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral no puede ignorar la dimensión *práctica* del derecho, es decir, el hecho de que las normas jurídicas son contempladas por los operadores jurídicos como *razones para la acción*. Sobre este punto la literatura es inmensa,[4] pero restan algunas cuestiones por aclarar. Indicaré sólo una: si es compatible con el positivismo jurídico sostener que la identificación de la existencia y el contenido del derecho pueden depender del recurso a la moralidad, como quiere el denominado positivismo jurídico *inclusivo* o no lo es, como afirma el positivismo jurídico *exclusivo*. La última tesis, la tesis de los límites del derecho, nos trae al primer plano la cuestión central de la aplicación del derecho. Una buena teoría del razonamiento judicial presupone algunas de las cuestiones centrales de la teoría jurídica: un enfoque general acerca de la naturaleza del derecho, una teoría del sistema jurídico, de los criterios de validez y aplicabilidad de las normas, una teoría de la interpretación de las formulaciones normativas y una teoría de la justificación de las decisiones jurídicas. Obviamente que

[2] H.L.A. Hart, 'El nuevo desafío del positivismo jurídico', trad. de F. Laporta, L. Hierro y J.R. Páramo, *Sistema* 36 (1980 mayo): 3-19 y 'Postscript' en *The Concept of Law*, second edition by P. Bulloch and J. Raz, (Oxford: Oxford University Press, 1994), 238-276.

[3] Vd. Por ejemplo Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth. 1977) y *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

[4] Y en castellano contamos con dos contribuciones especialmente relevantes: Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991) y María Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996).

en este ámbito las cuestiones persistentes aparecen de nuevo. Señalaré sólo una, que ha recibido mayor atención últimamente, y sobre la cual pienso que merece la pena seguir reflexionando: ¿cómo ha de reconstruirse la noción de aplicación del derecho a la vista de que (muchos de) los estándares jurídicos son *derrotables* o *prima facie*? La misma noción de norma jurídica está aquí en cuestión. Por otra parte, la respuesta a este problema guarda una estrecha relación con nuestra concepción de la aplicación de principios constitucionales en conflicto, con la naturaleza de la operación conocida como *ponderación*.

6.

Otra forma de plantear estas cuestiones persistentes en nuestro ámbito cultural consiste en relacionarlas con lo que se denomina 'constitucionalismo'. Los cambios en los ordenamientos jurídicos producidos por el desarrollo de las democracias constitucionales tienen su impacto en la reflexión teórica. Dos rasgos sobresalientes de este fenómeno nos invitan a la reflexión. Por una parte, la validez jurídica de las normas infraconstitucionales depende de su conformidad con lo que establecen las normas contenidas en nuestras constituciones rígidas, de modo que incluso leyes aprobadas por una clara mayoría parlamentaria pueden ser invalidadas como resultado de los procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad. Por otra parte, los textos constitucionales contienen muchas cláusulas con términos valorativos y, parece, la única forma de aplicarlas es mediante el recurso a la argumentación moral (pensemos, por ejemplo, en la prohibición de tratos inhumanos y degradantes contenida en el artículo 15 de nuestra constitución). La primera cuestión nos lleva por un lado a la necesidad de una elucidación más clara de la estructura de nuestros sistemas jurídicos, y por otro lado a un problema de filosofía política: la compatibilidad de la democracia entendida como regla de la mayoría y el atrincheramiento de determinadas cuestiones (en especial de una declaración de derechos) que ni la mayoría puede modificar. La segunda cuestión nos conduce de nuevo a la elucidación del papel que la moralidad ha de representar en el razonamiento jurídico.

7.

La atención a cuestiones menos generales la concibo de la siguiente forma: demasiado a menudo, nuestras contribuciones consisten en glosar las aportaciones más importantes que se producen más allá de nuestras fronteras. Se trata de una tarea importante que sin duda debemos continuar realizando. Ahora bien, tal vez es posible que nos ocupemos cada vez más ya no de las teorías más abstractas acerca de la naturaleza del derecho (si tal tesis de Hart es compatible con tal otra de Kelsen o no, por ejemplo) o

de la justicia (si en tal punto Rawls defendía tal o cual posición), sino de elaborar teorías menos generales, de nivel más bajo, teorías regionales o, por así decirlo, *microteorías*. Demos por supuesto algunos presupuestos básicos, y elaboremos concepciones de la libertad de expresión, o de las causas de justificación en derecho penal, o de los vicios del consentimiento en derecho privado, o de la prueba en derecho procesal, etc.[5] Estas microteorías servirán como banco de prueba de nuestros presupuestos más básicos, pero nos permitirán debatir temas más manejables y, tal vez, tener mayor audiencia entre los juristas dogmáticos y, quien sabe, entre nuestros estudiantes. Por otra parte, enfoques de este tipo nos permitirán unir en nuestra reflexión las cuestiones de teoría de la justicia con las cuestiones más concretas de diseño institucional y, por lo tanto, de teoría del derecho y de teoría de la ciencia jurídica. Pongo un ejemplo: para elaborar una adecuada teoría de las causas de justificación, es preciso partir de una concepción articulada de la justificación del castigo, pero también lo es una comprensión lúcida de la estructura de las normas penales que establecen las causas de justificación y de su conexión con las normas penales que tipifican los comportamientos delictivos e, incluso, un conocimiento profundo de los presupuestos epistemológicos con los que la teoría del delito aborda esta cuestión. Alguien puede decir que entonces nuestra actividad se solapará con la de los juristas dogmáticos. Es cierto, pero no veo que haya buenas razones para evitarlo. Los juristas dogmáticos se dedican a describir el contenido de nuestros sistemas jurídicos, pero para llevar a cabo esta tarea no pueden evitar modelar determinados conceptos y ponerlos en relación entre sí en una red conceptual más amplia, una tarea que reside en el núcleo del análisis filosófico.

En un pasaje de su obra de 1971, Rawls[6] imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia-. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una

[5] Estoy pensando en trabajos de los que representa un ejemplar paradigmático el reciente libro de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (Madrid: Trotta, 2000).

[6] John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971, pp. 195-201.

de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

Pues bien, tal vez este esquema rawlsiano sea una buena guía para la elaboración de las microteorías a las que me refería más arriba. Tener presentes estas cuatro etapas, de una manera integrada, constituiría en mi opinión un modo adecuado de enfrentarse ya no con las cuestiones persistentes de la disciplina, sino con problemas más acotados pero con una perspectiva más general. Habría lugar, entonces, no sólo para el análisis conceptual, sino también para la crítica racional de los presupuestos con los que se funda determinada regulación de la esfera de las relaciones humanas y dichas microteorías podrían tener relevancia tanto en el ámbito de la teoría de la legislación (de *lege ferenda*): ¿cómo debe regularse jurídicamente determinado ámbito?, cuanto en el de la apliación del derecho (de *sententia ferenda*): ¿cómo debe aplicarse a los casos concretos determinada regulación?

8. Termino con una reflexión de carácter general. Una vieja aspiración de la filosofía analítica, en la tradición de la cual -como resultará obvio- las anteriores reflexiones se enmarcan, y en realidad de la filosofía en general, reside en el ideal -que se halla en Ramon Llull, en Leibniz, en Carnap- de crear un lenguaje purificado, un instrumento preciso para el descubrimiento de la verdad. Un ideal que, en filosofía del derecho, se encarna mejor que en nadie en la obra de Kelsen. Ahora bien, este ideal no es ya ampliamente compartido. El clima actual al respecto está bien representado por la siguiente metáfora de Simon Blackburn:[7]

> La visión pura de una nueva ciudad racionalmente planificada para científicos y filósofos, con calles rectilíneas enlazando uno con otro bloques de verdad sin ornamentación alguna, una Bauhaus de la mente, no es ahora ampliamente compartida. Tales lugares han mostrado ser inhabitables.

En mi opinión, la filosofía jurídica no debe renunciar a la precisión y al rigor que ha alcanzado en la filosofía analítica, pero también está entre nuestras obligaciones para el futuro la de construir una filosofía del derecho *habitable* para las preocupaciones que como seres humanos nos esperan.

[7] Simon Blackburn, *Spreading the Word* (Oxford: Oxford University Press 1984), pp.8-9.

DE LO QUE NO HAY. LA INEXISTENCIA JURÍDICA[1]

Ricardo Víctor Guarinoni
Universidad de Buenos Aires

> El lenguaje concebido como instrumento para el pensamiento y la comunicación constituye desde la más remota antigüedad una de las preocupaciones fundamentales de los investigadores. Todos sabemos ahora que un uso no crítico del mismo puede dar origen a una serie de problemas ininteligibles y a una serie de profundas confusiones. (Nagel, Thomas, La Lógica sin Metafísica, Tecnos, Madrid, pág. 293)

I.- Introducción

Resulta interesante fijar la atención en la discusión entre los civilistas acerca de la "teoría del acto inexistente".

En principio, hablar de un acto inexistente parece una paradoja, algo así como aquel cuchillo sin mango y sin hoja descripto por Georg Lichtemberg.

Por otra parte, nos lleva a inquirir si la existencia jurídica es diferente de la existencia material y si hay que distinguirlas.

Así, la discusión, por un lado, parece una disputa bizantina. Por otra parte, exhibe una gran dosis de los componentes ideológicos que hacen tan poco confiables las "*teorías*" sostenidas por los dogmáticos jurídicos.

En suma, se justifica un análisis desde el punto de vista de la teoría general, que creo que permitirá arrojar alguna luz acerca de la creación de categorías doctrinarias, y su función en la ciencia y la aplicación del derecho.

---

[1] Una parte de este trabajo fue expuesta en el XI Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho, realizado en Vaquerías, Córdoba, los días 30 y 31 de Agosto de 2002. Con mayor extensión se expuso como ponencia en las XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, realizadas en Azul, Pcia. De Buenos Aires del 24 al 26 de Octubre de 2002, por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Algunas preguntas y sugerencias realizadas en ambos eventos, por participantes a los que agradezco y no enumero por ser demasiados, me han movido a realizar esta tercera versión. Parece que cada vez encuentro más para decir acerca de lo que no existe.

II.- La teoría

La "*teoría del acto inexistente*" está íntimamente relacionada con la institución del matrimonio. La idea de distinguir entre nulidad e inexistencia ya estaba instalada en el Derecho Canónico, a través de la distinción entre *matrimonium nullum* y *matrimonium non existens*. El fundamento era que el consentimiento era parte esencial del acto, por lo que su falta hacía que el matrimonio no fuera nulo sino solo aparentemente existente. Esto era aplicable, p. ej., al caso de matrimonio contraído por un loco. Se cita al respecto una decretal del papa Inocencio III (siglo XIV), en el caso de un matrimonio clandestino en el cual el hombre, para asegurar su nulidad, había dicho" *Juana, te desposo*", cuando el nombre de la contrayente no era Juana. El papa sostuvo que no había ni la sustancia ni la forma de un matrimonio[2].

En el derecho moderno, la teoría de la inexistencia del matrimonio reconoce como autor a Zachariae, uno de los principales exponentes de la escuela exegética, quien la fundó en el art. 146 del código Francés, (*"No hay matrimonio cuando no hay consentimiento*"[3]), y que fuera adoptado a instancias de Napoleón, quien en las actas de discusión del *Code,* figura como sosteniendo la diferencia entre la falta de consentimiento y el consentimiento viciado, y expresando que cuando no hay consentimiento, el matrimonio no existe ni en apariencia.

Zachariae amplió la idea de la inexistencia del matrimonio, ya que señaló la necesidad de distinguir entre las **condiciones esenciales** y las **condiciones de validez** del matrimonio. Según él, las condiciones esenciales representan una cuestión de hecho, y las de validez de derecho. La discusión acerca de la validez del matrimonio presupone zanjada la discusión acerca del hecho de si el matrimonio existió, o sea si el matrimonio celebrado de hecho debe ser considerado válido en derecho. Y para que el matrimonio pudiera ser considerado de hecho celebrado, debía reunir ciertas condiciones esenciales. La falta de condiciones de validez traería la nulidad del matrimonio, pero la falta de condiciones esenciales determinaría su inexistencia. Según Zachariae, había tres condiciones esenciales: El consentimiento de las partes, su capacidad civil y su capacidad física. Por **ausencia de consentimiento,** sería inexistente el matrimonio en caso de p. ej. sustitución de persona o furor, como se llamaba entonces a la locura, por **ausencia de capacidad**

---

[2] Ver cita de Esmein en Belluscio, Augusto César, Derecho de Familia, Depalma, Bs.As., 1979, Tº II, pág. 54. En la exposición del tema en el Derecho Civil, seguiré principalmente las referencias de este autor, quien realiza una exhaustiva recensión del tema en la legislación y doctrinas nacional y extranjeras, salvo cuando lo diga expresamente. Las conclusiones de mi cosecha, por otra parte, serán fácilmente discernibles.

[3] El texto original dice "Il n'y a pas de mariage lorsque il n' y a point de consentement".

civil, el contraído por el muerto civil. Por **ausencia de capacidad física**, daba como ejemplo el contraído por dos personas del mismo sexo. Parece extraña la clasificación, pero Zachariae aludía sin duda a la capacidad física de procrear, ya que incluía en el mismo acápite al castrado o quien por "*algún vicio o lesión de los genitales no es apto para la procreación*"[4].

La escuela exegética francesa del siglo XIX adoptó en forma unánime la distinción, con diversos matices en cuanto a las causales de inexistencia, entre las cuales aquellas que generaban mas coincidencias eran la identidad de sexos y la falta de consentimiento, a las cuales se agregó después la de falta de celebración ante el oficial público del modo prescripto por la ley[5].

A decir de Baudry Lacantinerie: "a raíz de su verdad y sus consecuencias doctrinales se impuso rápidamente desde entonces a la consideración de los intérpretes"[6].

Entre nuestros dogmáticos, hay quien ha dicho: " mas que un principio jurídico, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica"[7].

La conclusión que se extraía era que el matrimonio inexistente era diferente del matrimonio anulable o nulo[8]. El segundo gozaba de una existencia precaria, pues poseía vicios que podían determinar su aniquilación, mediante la intervención de un juez, y era provisoriamente válido hasta su declaración, pudiendo pedirla solo algunos interesados y con posibilidad de prescripción de la acción y ratificación en algunos casos, y el primero no podía tener efecto alguno, no requería decisión judicial sino simplemente comprobación de su inexistencia, así como ésta podía ser alegada por cualquiera, la acción era necesariamente imprescriptible y no era susceptible de confirmación o ratificación.

Con el tiempo, la teoría se generalizó a todos los actos jurídicos, aunque hubo autores que la restringían solamente a los matrimonios. Como ejemplo de quienes adoptaban la teoría en forma generalizada, se cita a Aubry et Rau, quienes dicen: "el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino

---

[4] Ver Belluscio, op. cit., pág. 58.

[5] Belluscio, op. cit., pássim.

[6] Cit. por Belluscio, op. cit. pág. 58.

[7] Moyano, J. A., cit. por Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Perrot, Buenos Aires, 1991,Parte General, Tº II, pág. 582

[8] No haré distinción en este trabajo entre actos nulos o anulables, o nulidades relativas y absolutas, clasificación recogida por nuestra legislación, salvo cuando sea necesario. En esta primera aproximación, bastará distinguir la nulidad y la inexistencia, tal como se realiza en el texto.

como inexistente (non avenu)"[9]. Ponían como ejemplo a una venta sin cosa vendida, o sin precio.

El acto inexistente pasó a ser conceptualizado como un acto que carecía de requisitos esenciales, y por ello no tenía efectos jurídicos. Como lo expresa un autor argentino, un acto inexistente sería equivalente a *"la nada jurídica*"[10].

A principios del siglo XX se produjo una reacción contraria a la teoría (que ya había tenido algún opositor entre los exégetas[11]), de la mano de Saleilles y otros que consideraban que el régimen de nulidades era suficiente para dar cuenta de los actos irregularmente celebrados.

La mayoría de los autores contrarios a la teoría sostenían que ella tenía como base el aforismo "*pas de nullité sans texte*", que no se hallaba expresamente sancionado en la ley. Si se atacaba a tal aforismo, entonces la teoría del acto inexistente devenía innecesaria. Al respecto, es ejemplificador lo que dicen autores como Ripert y Boulanger: "Para corregir los resultados desastrosos del principio 'no hay nulidad sin texto' los autores modernos se vieron llevados a construir, respecto del matrimonio, la teoría de los *actos inexistentes* a la que se dio mas tarde un alcance general. Como hay casos en los que la ley no pronuncia la nulidad, y en los que es razonablemente imposible admitir que el matrimonio produzca sus efectos, una forma de salir del paso es decidir que el matrimonio es inexistente, y por lo tanto no hay necesidad de anularlo. Esta fue la razón práctica de esta teoría, de la que no se experimentó jamás necesidad en el antiguo derecho francés."[12]

No necesito reproducir aquí los avatares de la discusión, que se ha visto repetida en la doctrina de los principales países occidentales[13].

En algunos casos, las leyes recogen expresamente la categoría de acto inexistente para el matrimonio, como el Código Portugués de 1967, o la ley de matrimonio de la ex Yugoslavia[14].

En nuestra legislación, el art. 14 de la ley de matrimonio civil expresaba que el consentimiento de los contrayentes expresado ante el oficial público es indispensable para la existencia del matrimonio, y el acto que careciera

---

[9] Cit. por Llambías, op. cit., pág. 584.

[10] Llambías, op. cit., pág. 585.

[11] Como Beudant (ver Belluscio, pág. 60), quien ya atacaba el principio "pas de nullité sans texte".

[12] Ripert, Georges y Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, (trad. castellana), La Ley, Buenos Aires, 1963, Tº II, vol. I, pág. 290.

[13] Me remito a las exposiciones de discusiones similares en el derecho belga, italiano, alemán, español y canónico registradas por Belluscio, op. cit., pág. 62 y ss., y la discusión en el derecho francés, alemán e italiano, en Llambías, J.J. op. cit., pág.580 y ss.

[14] Belluscio, op. cit., págs. 68 y 69.

de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles. Los casos que la ley llama de nulidad eran considerados en los arts. 84 y ss.

La ley hablaba de existencia, pero no de inexistencia. Ello había dividido la doctrina entre quienes afirmaban que si faltan los requisitos previstos se trata de un caso de inexistencia, otros que sostenían que se trata de nulidad, y quienes preferían calificarlo de otra manera (p.ej. matrimonio aparente[15]). En nuestra legislación hay una norma general que califica como nulos los actos que no se realicen siguiendo la forma fijada por la ley[16].

Por otra parte, nuestra ley no especificaba que los contrayentes debieran ser de distinto sexo, por lo que para quienes sostenían la inexistencia, podía darse en este caso. Durante la prohibición del divorcio en la Argentina, parte de la doctrina sostenía que los matrimonios contraídos en el extranjero por habitantes del país eran inexistentes, lo que también apareció en algunos fallos judiciales[17].

Con la reforma realizada en 1987 a través de la ley 23.515, se buscó zanjar la discusión y consagrar la inexistencia como categoría para los matrimonios. El artículo 172 del Código Civil, en su redacción actual, dice: *"Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciera de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles...*". Las nulidades matrimoniales aparecen reguladas por los arts. 219 y ss.

La teoría del acto inexistente, como se dice mas arriba, se ha generalizado. Así, es común que en Derecho Procesal se califique de inexistentes a actos que carecen de algún requisito mínimo, por ejemplo, un escrito judicial sin firma de parte o su apoderado. La jurisprudencia ha utilizado muchas veces esta categoría en este sentido[18].

II.- ¿Qué es lo que no es?

La inexistencia jurídica no suele predicarse de cualquier acto, por mas que cuando aparece enunciada en forma general, la teoría parecería sostener que cualquier acto es *jurídicamente* inexistente cuando no está contemplado por un sistema jurídico (aunque puede existir *materialmente*)[19]. Se nos dice que los actos jurídicamente inexistentes "*están fuera del derecho*". En este sentido, parecerían ser actos no mencionados por las normas, a los cuales

[15] Bidart Campos, Germán. ED 33-173, cit. por Belluscio, pág. 78.

[16] Código Civil, art. 1044.

[17] Belluscio, op. cit. pág. 83.

[18] Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Bs. As.,1990,Tº IV, pág. 154.

[19] Ver nota 38.

las reglas de un sistema no les asignan ningún carácter deóntico. Pero es claro que, si el sistema aparece cerrado por una regla de clausura, no hay actos de este tipo. En un sistema que contuviera la regla "*todo lo que no está prohibido está permitido*", no habría actos inexistentes, ya que todo acto que no fuera obligatorio, prohibido o permitido en sentido fuerte (es decir permitido expresamente), sería permitido en sentido débil (por no hallarse prohibido)[20]. No habría actos fuera del derecho.

En general, los autores definen a la *inexistencia jurídica*, como se ha visto, pero no definen a la *existencia jurídica*. Claro está que no podría definirse como jurídicamente existente a todo acto mencionado en una norma, por lo ya dicho, ni podría decirse que *existe* todo acto que tenga consecuencias jurídicas, dado que si el sistema es cerrado, todo acto tiene consecuencias jurídicas (los actos permitidos las tienen: p.ej. no puede aplicarse una sanción a quien los realiza).

Por otra parte, no resulta clara la diferencia entre la existencia jurídica y la mera existencia. Parece haber una ontología subyacente que admite una región de objetos jurídicos, cuya existencia no depende de las normas de un sistema. Mas adelante volveremos sobre el tema.

Para darle sentido a la teoría, habría que acudir a la conocida distinción entre reglas primarias y secundarias, efectuada por Hart. Si dividimos al sistema jurídico entre reglas primarias de obligación y reglas secundarias, de reconocimiento, cambio o adjudicación[21], los actos que aparecen calificados como inexistentes están entre aquellos a los que se refieren las reglas secundarias, especialmente las que Hart llama *power conferring rules*, reglas que confieren a los particulares y a los órganos el poder de dictar o modificar normas primarias que generan obligaciones[22]. Aunque los cultores de la teoría no hacen la distinción, creo que hace falta realizarla, y en los sucesivo me referiré a actos contemplados en reglas secundarias.

Pero si por "*existencia jurídica*" se entiende a la propiedad de algunos actos de generar normas primarias, y las normas que ellos crean, o bien los actos mencionados en las normas primarias son inexistentes, o bien la categoría de existencia-inexistencia no puede ser predicada de ellos. Creo que ambas soluciones serían rechazadas por los cultores de la teoría. Por otra parte, aunque se restrinja la teoría a los actos contemplados en reglas secundarias, hay una forma mejor de dar cuenta de esta característica, sin necesidad de hacer referencia a la existencia.

---

[20] Ver von Wright, Georg Henrik, Norma y Acción, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 102; Guarinoni, Ricardo, Algunas reglas de clausura, en Doxa 23, Alicante, 2000, pág. 730.

[21] Hart, H.L.A., The Concept of Law, Oxford University Press, 1961, pág. 79 y ss.

[22] Hart, H.L.A, op. cit, pág. 96.

III.- No todo no es igual

Desde el punto de vista lógico y filosófico, la existencia presenta una enorme cantidad de problemas, los cuales no analizaré sino en cuanto a nuestro tema. No es el menor el de tratarse "*existir*" de un término ambiguo, y para algunos autores polisémico, es decir, con significados no relacionados entre sí. (En castellano, así como en otros idiomas con términos equivalentes, existe la dificultad adicional de saber si "*ser*", "*existir*", y "*haber*" son sinónimos[23].)

Así Russell[24], siguiendo a Frege, distingue cuatro significados de "*is*" (traducible por "*es*"):

a) **existencia**, ejemplificado por "*Sócrates es (o existe)*", escrito formalmente: (Ex) (S = x)[25];

b) **identidad**: p.ej.: "*Cicerón es Marco Tulio*": traducible por: C = Mt;

c) **predicación**, "*Sócrates es sabio*": W (S)[26];

d) **implicación genérica** o inclusión, p.ej. "*el hombre es animal"*;

(x) (H (x) ⊃ A (x)).

Para Russell, se trata de cuatro significados distintos, y es obvio que el único que se refiere a la existencia es el primero. A su vez, lleva a pensar que la negación de "*es*" tiene significados diferentes en los cuatro casos. Nuevamente, solo la negación de "*es*" en el primer sentido implica que el individuo del que se habla no existe. Más adelante volveremos sobre esto.

Por otra parte, existe una vieja discusión filosófica acerca de si la existencia es un predicado o no, o si se trata o no de una propiedad de primer nivel.

---

[23] El Diccionario de la Real Academia (XXI ed.) define "existir " como "tener una cosa ser real y verdadero", y "haber, estar, hallarse", entre otras acepciones, y da como uno de los significados de "ser" "haber o existir". De "haber": "estar realmente en alguna parte" y "hallarse o existir real o figuradamente". Pero cada uno de los términos posee más acepciones, lo que no permite aceptar que sean sinónimos en cualquier contexto, es decir intercambiables salva veritate.

[24] Russell, Bertrand, On Denoting, en Mind, 15, reproducido en R. Marsh (ed.), Logic and Knowledge, Allen and Unwin, London, 1968, pág. 35.

[25] En Russell, el ejemplo se complica por la adopción de una teoría de las descripciones que permite eliminar los nombres propios en la notación lógica, pero no vale la pena hacer la distinción aquí. Varios lógicos, entre los que se cuentan Russell y Quine, pretenden eliminar los nombres propios en la lógica de predicados. En Russell, la existencia no es una propiedad de objetos sino de funciones proposicionales. Para una discusión detallada, ver Haack, Susan, Philosophy of Logics, Cambridge University Press, 1978, pág. 43 y ss. Como vamos a hablar de acciones individuales, se puede aceptar sin problemas que lo que juega es su descripción.

[26] Por usar el ejemplo de Russell, y para no confundir sujeto y predicado, uso W para *wise* (sabio).

En contra de una idea que se remonta a Aristóteles, tanto Hume como Kant fueron quienes sostuvieron que la existencia no es un predicado. En Hume, esto se da a consecuencia de su concepción acerca de las ideas, que sostenía estaban basadas en las impresiones, y como no se podía señalar a ninguna impresión diferenciada de existencia, por encima de nuestro acto de percibir, es decir que la existencia formaba parte de la idea de percepción, concluía en que la idea de existencia es la misma que aquella de lo que concebimos como existente. Expresaba que la existencia no adicionaba nada a la idea de un objeto[27].

Kant afirmaba lo mismo. Expresaba que la existencia no era un predicado, ya que lo real no contiene mas que lo meramente posible (lo ejemplificaba diciendo que cien táleros de plata reales no contienen mas ni menos monedas que cien táleros posibles). También decía que no se agrega nada a una cosa cuando se afirma su existencia, por lo que no se trata de un predicado real. Si se dice de una cosa que existe se la coloca o hace patente, aludiendo a los predicados que posee[28].

Quienes, como Frege, sostienen que la existencia es un predicado de segundo nivel, aluden a la paradoja generada por las proposiciones existenciales negativas: Si "*existe*" es un predicado, "*no existe*" también lo sería. Pero si esto fuera así, en "*las brujas no existen*", sería predicado de las brujas solo si las brujas existen. Y lo mismo sucedería respecto de cualquier objeto, aún en proposiciones singulares. "*Sócrates no existe*" sería verdadero de Sócrates solo después que hubiera muerto, es decir, que no existiera ningún Sócrates respecto del cual fuera un enunciado verdadero[29].

Barry Miller sostiene que el problema no aparece con la existencia sino con la inexistencia, y entonces la paradoja se disuelve si se traduce "*Sócrates no existe*" por "*no es cierto (Sócrates existe)*", con lo que la existencia sería una propiedad y la inexistencia la mera negación de la proposición que afirma que un objeto tiene esa propiedad[30].

Si, como surge del apartado anterior, la existencia jurídica debe limitarse a los actos mencionados en las normas secundarias como ejercicio de un poder jurídico, entonces no podría decirse que no se trata de una propiedad. Veamos si es analizable en los mismos términos que la existencia material.

---

[27] Hume, David, A Treatise of Human Nature, Ed. L. Selby - biggs, Oxford, 1951, Libro I, parte II, secc. vi.

[28] Kant, Emmanuel, Crítica de la razón pura, Losada, Bs.As., 1961, B 628.

[29] Ver Miller, Barry, In Defence of the Predicate "exists", Mind 84 (1975), pág. 338. Como el título evidencia, asevera que la existencia es una propiedad. No voy a introducirme en la discusión, ya que el texto trae a colación estas ideas solo porque aparecen en el debate entre los juristas.

[30] Miller, Barry, op.cit, pág. 344.

IV.- La nada jurídica nadea

Si analizamos la inexistencia jurídica a la luz de lo dicho, cabe preguntarse en qué sentido se dice de un acto que es inexistente. Sigamos considerando el matrimonio, aunque luego lo generalizaremos. Pensemos en las cuatro categorías de Russell.

Un matrimonio inexistente aparecería descripto como: "*el matrimonio realizado por Juan y Juana en el tiempo t y espacio e es inexistente*". Ello parecería reflejar el uso de "*es*" como existencia.

Sin embargo, como admiten los cultores de esta teoría, esto no significa que no haya habido un acto realizado por Juan y Juana en el tiempo y el espacio, sino solo que ese acto no vale como matrimonio. En realidad, habría que traducir la descripción como: "*el acto realizado por Juan y Juana en el tiempo t y el espacio e no es un matrimonio*".

Es claro que, expuesta así, la descripción no tiene nada que ver con la existencia o inexistencia, sino que es la mera negación de que el acto individual realizado por Juan y Juana sea miembro de la clase de los matrimonios.

Entre los significados de Frege-Rusell, citados mas arriba, aparecería como el de predicación, y su negación no es una aserción de inexistencia. Decir "*Sócrates no es sabio*" no implica en modo alguno la inexistencia de Sócrates[31].

La situación no se podría salvar diciendo que la descripción debe ser: "*el acto realizado por Juan y Juana en el tiempo t no existe como matrimonio*". Sería solo una forma rebuscada de decir que no es un matrimonio. "*Aquí no hay un matrimonio*" es otra forma de expresión que también parece aludir a la inexistencia, pero en cuanto se refiere a un acto, es expresable por: "*este acto no es un matrimonio"*. Y si no se refiere a un acto, presenta los problemas que se analizan mas abajo.

Desde ya que no se trata de una cuestión de hecho, como sostenía Zachariae, sino de inclusión de un acto en un conjunto creado a partir de determinadas propiedades, es decir una decisión lingüística.

---

[31] Se podría describir asimismo al acto en cuestión como integrando una clase de actos inexistentes. P.ej.: los documentos por los cuales una persona lega sus bienes, pero carecen de firma, son testamentos inexistentes. Aquí el análisis llevaría a la conclusión que estamos ante la cuarta categoría de Russell, y se trata de la no inclusión de los documentos sin firma en la clase de los testamentos, lo cual tampoco implica la inexistencia de tales documentos. Los argumentos mencionados en el texto serían aplicables mutatis mutandi a esta descripción, por cuanto la predicación representa la inclusión de un elemento en una clase. La tercera acepción, "es" como identidad, es obviamente inaplicable.

Toda la caracterización de la inexistencia jurídica como equivalente a la negación de la existencia, y las derivaciones que de ella se hacen provendría de un equívoco basado en la caracterización del matrimonio celebrado en determinadas condiciones como "*inexistente*". Si quienes crearon la teoría lo hubieran calificado como "*aparente*", "*estrictamente nulo*", o algo similar, no hubiera tenido las resonancias filosóficas y ontológicas que se derivan de el uso del término "*inexistencia*", y que llevan a emplear un florido lenguaje, cargado de alusiones metafísicas. Como derivación, se termina postulando una ontología paralela, una especie de *topos uranos* jurídico en el cual existen las ideas o esencias jurídicas, y al cual no llegan los actos inexistentes. Al respecto, creo saludable la utilización de la navaja de Occam. No olvidemos que ya Ihering procuraba hacer descender a los juristas del cielo de los conceptos jurídicos[32].

Caracterizar a algún hecho empírico como "*no existente*" significa que no tiene ninguna propiedad, salvo la de no existir. Por ello, referirse a un acto inexistente puede ser visto como autocontradictorio (salvo que por "*acto*" se entienda la posibilidad de un acto, lo cual queda descartado, ya que, como dijimos, se reconoce que hubo un acto).

El equívoco ha llevado hasta a hablar de la "*nada jurídica*", como se expresa mas arriba, e induce a Borda a decir: "..es evidente que era innecesario que el Código legislara sobre este punto, porque no hace falta declarar la invalidez de lo que no existe; más aún, la propia ley no podría atribuir efectos a una sombra, una mera apariencia, a algo que no es[33]".

También conduce a expresiones como las de Díaz de Guijarro, quien dice que es innecesario demostrar "la inexistencia de los matrimonios inexistentes..(La idea de inexistencia)..significaría admitir juzgamiento sin juicio, además de la tautología de declarar inexistente a lo que se considera tal, con lo que se prueba su existencia[34]." Aquí se ve reflejada la idea de la paradoja de los existenciales negativos.

Al hablar de "*inexistencia*", también se incurre en inconsecuencias, ya que si un acto carece de existencia, no podría tener efectos jurídicos (tal como, por otra parte, los dogmáticos se preocupan de resaltar). Sin embargo, p. ej., uno de los ejemplos de Aubry y Rau mencionados mas arriba, es el de una compraventa sin precio (utilizado entre nosotros por Llambías).

---

[32] von Ihering, Rudolph, Bromas y veras en la ciencia jurídica, Civitas, Madrid, 1987, pág. 215 y ss.

[33] Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1976, Tº II, pág. 424. El mismo autor, en la página siguiente, expresa que el art. 14 de la ley de Matrimonio legisla sobre la inexistencia.

[34] Díaz de Guijarro, Enrique, JA, 1954-IV, pág. 3, Nº 9, cit. por Belluscio, op. cit., pág. 79.

En nuestra legislación (y en la francesa también) no importa la calificación que las partes den al acto, que puede ser simulado, hasta lícitamente, y una compraventa sin precio podría ser asimilada a una donación, con lo que existiría, y tendría efectos jurídicos. La observación es marginal, porque un sostenedor de la teoría podría decir que el ejemplo es errado, o no es universal, pero resulta demostrativa.

V.- La inexistencia como recurso ideológico

Así expuesto, parece ser que la postulación de la teoría de los actos inexistentes es una estrategia utilizada por los dogmáticos para soslayar el principio que establece que no hay nulidad sin texto. Y por detrás aparece una noción valorativa o axiológica determinada.

Como era impensable desde el punto de vista ideológico que la legislación convalidara, p. ej. un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, y la igualdad de sexo no figuraba entre las nulidades consagradas por la ley, hubo que recurrir a la idea de inexistencia, como modo de agregar una causal más de pérdida de validez de los actos.

Algunos dogmáticos, como Ripert y Boulanger destacan la condición de teoría *ad hoc* de la doctrina de la inexistencia.

La teoría del acto inexistente nació propiciada por los presupuestos de la escuela exegética, que ponía a la ley como exclusiva fuente del Derecho (de ahí el "*no hay nulidad sin texto*"): Como el legislador es omnisciente, no puede haber olvidado incluir entre las nulidades algunos actos que son claramente inválidos. Ergo, no son nulos sino que pertenecen a otra categoría de actos que carecen de efectos jurídicos, los inexistentes. Con ello se salva la idea de que el intérprete no puede modificar la ley, ya que lo que está haciendo es solo describir categorías que surgen de la naturaleza de las cosas.

Luego, la "*teoría*" se generalizó, ya que resultaba cómoda para soslayar los olvidos del legislador, que a veces omitía incluir como causal de nulidad algunas situaciones que para el intérprete debían privar de efectos a los actos.

El uso de una concepción esencialista acerca del lenguaje parece confirmar esta presunción, ya que otorga mayor fuerza a la calificación de "*inexistente*". Así, dice Llambías: "La inexistencia es una noción conceptual - no legal - que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este no ser acto jurídico, se lo designa adecuadamente con la denominación de 'acto jurídico inexistente'"[35]. Esta "*noción conceptual, no*

[35] Llambías, op. cit., pág. 583.

legal" tiene sin embargo la peculiaridad de tener como consecuencia práctica el privar de validez a ciertos actos.

Confirmando la raíz valorativa, algunos autores (p.ej. Fassi) sostenían que la inexistencia de matrimonio entre personas del mismo sexo aparecía consagrada en el art. 14 citado, ya que "*el uso de la palabra 'contrayentes' no puede aludir sino a un hombre y una mujer*[36]". Aunque el argumento más bien resulta una petición de principios. Actualmente, como se dice mas arriba, la diferencia de sexos aparece como característica definitoria.

Más explícito es Mazzinghi, quien sostiene que el matrimonio es inexistente cuando carece de algún elemento exigido por el derecho natural[37].

En este sentido, el mecanismo utilizado sería similar al de las llamadas *lagunas axiológicas* por Alchourrón y Bulygin[38]. Como la solución que se encuentra en la ley no coincide con aquella axiológicamente deseable, el teórico busca formular una categoría pretendidamente descriptiva para acomodar la solución que prefiere.

Pero se recurre a una definición, de la cual se va a derivar la consecuencia de ser el acto válido o inválido. Y esta definición no surge de la sistematización del conjunto de normas que regula un instituto, sino que apunta a las características *esenciales*, que están por encima del derecho positivo. Así, p.ej. en el matrimonio aparece la diferencia de sexos, que en los ejemplos citados no fue considerada por el legislador, como parte esencial del concepto, un concepto extrajurídico que predomina por sobre cualquier regulación positiva normativa. Si el legislador olvida colocar la falta de esa propiedad esencial como causal de nulidad, entonces el acto es igualmente inválido, por ser inexistente. Con ello queda fuera del sistema jurídico por razones ontológicas.

El fin último es el de lograr la consagración de las propiedades postuladas como definitorias a través de la legislación, tal como sucedió, p. ej. con la diferencia de sexos para el caso de matrimonio en el derecho argentino, como se narra más arriba, aunque, según la teoría, ello resulta innecesario.

La teoría del acto inexistente sería claramente normativa, tendiente a justificar la adopción de determinada solución en ciertos casos. Ello podría no ser objetable para quienes optan por una versión normativa o interpretativa de la teoría jurídica. Pero entonces no es defendible como una teoría descriptiva.

---

[36] ver Belluscio, pág. 88.

[37] cit. por Belluscio, pág. 76.

[38] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Bs. As., 1971, pág. 157 y ss.

Aunque los juristas citados podrían intentar defender la categoría como descriptiva de una conclusión semántica a partir del lenguaje natural. Veamos qué se puede decir acerca de esto.

VI.- Algunas consideraciones semánticas

La inexistencia se podría reconstruir como predicable de un acto situado en el extremo de un continuo, que parte de los actos jurídicos válidos, y pasa por los actos con diversas clases de nulidad. Sin embargo, esta forma de describir el concepto no sería aceptada por quienes sostienen la teoría[39].

Aunque la idea de inexistencia de un acto requiere que el acto que va a ser calificado como inexistente sea en apariencia similar a un acto válido. Cuál sea el grado de similaridad exigido no es fácil de establecer, y requerirá en cada caso el uso de algún tipo de razonamiento analógico, que no está exento de problemas[40].

Pero los juristas coinciden en que el acto inexistente carece de los elementos esenciales que poseen los que existen. Así, dice Couture: "El concepto de inexistencia se utiliza pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto."[41]

Es claro que no todo acto que no tenga las características definitorias (elementos esenciales, en la terminología usual de los dogmáticos) de un acto válido x va a ser calificado de x - inexistente. De lo contrario, un homicidio podría ser calificado como un matrimonio inexistente, cosa que en general sería rechazada por los juristas, dado que se trata de dos conceptos diferentes (aunque a veces peligrosamente cercanos). En este sentido, la inexistencia no podría ser el extremo del continuo.

Si lo concebimos a la manera de Hart[42], partiendo de la textura abierta del lenguaje, habría que pensar que el concepto de "*matrimonio*" posee un núcleo claro de aplicación, donde sabemos a cuáles actos llamaremos con el término, un círculo externo de casos claros de no aplicación, y una zona de penumbra, en la cual tenemos que tomar una decisión lingüística para aplicar o no la palabra.

---

[39] Esto es expresamente rechazado por Belluscio, quien califica la conclusión a que arriba el autor español De los Mozos, de que la inexistencia es la forma mas absoluta de la ineficacia o de la nulidad, de "desconcertante" (op. cit. pág. 41)

[40] El término " analogía " hace referencia a varios conceptos. En este caso, sería un argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante. Manuel Atienza destaca que incluye un componente inductivo que impide su asimilación a un razonamiento deductivo. (Sobre la Analogía en el Derecho, Civitas, Madrid, 1986, pág. 55)

[41] Couture.E, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Bs. As., 1958, cit. por Palacio, op. y loc. cit., pág. 151.

[42] Hart, H.L.A., op.cit., pág.124 y ss.

¿Ahora bien, en qué zona ubicaríamos un matrimonio inexistente? Si nos atenemos a la definición de los juristas, sería un caso claro de no aplicación del término, ya que falta alguna de las características definitorias (esenciales). Sin embargo, esto haría que debiéramos calificar por ejemplo de "*matrimonio inexistente*", a un cocodrilo. No coincide con nuestros usos comunes.

Pero no parece que podamos colocarlo en la zona de penumbra, ya que, si carece de una de las propiedades definitorias de la clase, no hay dudas acerca de si el término posee o no aplicación. Se trata de un caso claro de no aplicación.

Sin embargo, al mismo tiempo se sostiene que debe haber "*una apariencia de acto jurídico*" para poder hablar de inexistencia[43]. Pero ¿cuál es la apariencia relevante? En general, nadie diría que si un actor y una actriz, en una representación teatral o cinematográfica, participan en una ceremonia en la cual sus personajes se casan, han contraído un matrimonio inexistente. Sin embargo, el acto puede ser más verosímil que algunos matrimonios reales. Aunque no podría predicarse de él ninguna de las propiedades que integran la definición de matrimonio.

Si alguien postula la necesidad de crear una categoría que de cuenta de los actos que se parecen a otros sin serlo, y que no estén cubiertos por las de actos nulos o que no pertenecen a la clase, queda a su cargo la demostración de la necesidad y no vacuidad de la misma.

Resulta difícil concebir un ejemplo en el cual, por mas parecido que haya con el acto cubierto por la definición, si faltan las características definitorias, haga falta más que la negación de la pertenencia la clase.

Un ejemplo aclarará las cosas: si uno define a un triángulo como "*una figura plana con tres lados y tres ángulos*", y se encuentra frente a una figura con tres lados, pero dos de los cuales son paralelos, resultaría extraño calificarla de "*triángulo inexistente*", aunque comparta una de las características definitorias del triángulo, poseer tres lados, y tenga dos ángulos. La analogía con el triángulo no parece suficiente. Lo que usualmente se diría es que no se trata de un triángulo.

Este ejemplo parte, por cierto, de una definición mucho más exacta que aquellas que los juristas usualmente manejan. Al problema de especificar cuáles son las características definitorias de una figura legal (en el cual,

[43] Belluscio, op. cit., pág. 50. Allí se dice que no se trata de "inexistencia material" sino de "inexistencia jurídica", que consiste en un acto aparente, lo cual habilita para distinguir al concubinato del matrimonio inexistente, o al comodato de una locación inexistente, y también que un acto cuya formación ha sido interrumpida,p.ej. una oferta no aceptada, es un caso de inexistencia material. Como se dice en el texto, la distinción es confusa.

como ya vimos, pueden intervenir elementos valorativos), se agrega el de la descripción de la acción que se sostiene es análoga a las que entran dentro de la definición. Las acciones pueden describirse de diferentes maneras, atendiendo a las propiedades empíricas que presentan y se incluyen en la descripción. Y siempre aparecerá el problema de la indeterminación del lenguaje natural. Pero si se concluye en que falta alguna de las propiedades definitorias del término, éste no será aplicable.

Si se acepta, para simplificar, que son características definitorias del matrimonio el consentimiento y su manifestación ante el oficial público, si dos personas prestan consentimiento pero quien celebra el acto no es el oficial público, o no prestan consentimiento aunque intervenga el oficial público, o no se da ninguno de los dos casos, no podremos llamar a ese acto un matrimonio.

Por otra parte, también hay que distinguir el caso en que se haya producido un acto de aquel en que no hubo acto alguno. La categoría de "*inexistencia*" debería reservarse para el caso en que no hubiera ningún acto, la llamada inexistencia material, lo que excluiría que se pudiera hablar de "*acto inexistente*".

Empero, si aceptamos que al hablar de "*matrimonio inexistente*", solo estamos diciendo "*esto no es un matrimonio"*, desaparece el problema. Se puede bien concluir en que un cocodrilo no es un matrimonio.

Es mejor, entonces, no referirse a la existencia o inexistencia sino simplemente tratarlo como un caso de predicación.

Con ello se obtiene la ventaja de prescindir de las asociaciones y conclusiones ontológicas que derivan de hablar de existencia. A nadie sorprende que si un acto no puede calificarse como perteneciendo a una clase de actos, no tenga las consecuencias jurídicas de los que sí pertenecen.

Quienes postulaban la teoría pueden, por supuesto, trasladar su visión a la pertenencia. Les bastará con decir que un acto no pertenece a la clase de p. ej. los matrimonios, porque no posee las propiedades que la definen, entre las cuales aparecen la de diferencia de sexos, etc. Pero entonces resultará mucho mas claro el contenido de la teoría como pretensión de descalificar como válidos a ciertos actos sobre la base de una definición. Y traslada la discusión a la definición y el método que se utiliza para adoptarla.

Como se dice mas arriba, detrás de la postulación de actos inexistentes aparece una concepción esencialista respecto del lenguaje, que se puede remontar a Platón. Según esta concepción, a la cual solemos pagar tributo en el lenguaje ordinario, existe una definición *real* de los términos, que apunta a las cosas, y a la esencia o idea que hay detrás de ellas.

Tanto la lingüística moderna como la filosofía del lenguaje, han abandonado el esencialismo, y ponen el acento en el aspecto convencional del

lenguaje. La definición es vista como el otorgamiento de significado a un término conforme las convenciones lingüísticas que se adopten.

Si se admite esta postura, se pueden dividir en forma genérica a las definiciones en *estipulativas,* y *léxicas* o *informativas.* Las primeras postulan para un término el significado que desea atribuirle quien formula la definición, y las segundas recogen el uso común de la comunidad lingüística[44].

Si la definición, p. ej. de "*matrimonio*", que un jurista utiliza es estipulativa, no podría servir para privar de efectos a algunos actos, ya que no es más que una propuesta de uso, que bien puede no ser aceptada.

Y si la definición busca informar acerca del uso, hay que distinguir el significado que surge del uso común, si es que el término lo tiene, del concepto que se puede extraer a través del uso que se realiza de él en un conjunto de normas.

Este segundo concepto es el que los juristas suelen privilegiar bajo el nombre de *concepto técnico*. Es claro que, si el concepto técnico se busca en un grupo de normas ideales, p. ej. de Derecho Natural, puede resultar muy distinto del que se extraiga de la regulación normativa positiva de una institución.

En definitiva, al aceptar la existencia de definiciones reales para los conceptos jurídicos, se promueve la vieja idea de privilegiar al derecho que debe ser por encima del derecho existente, aquí bajo la forma de invalidar determinados actos por no coincidir con determinados contenidos conceptuales ideales, con independencia de cuál sea la regulación normativa positiva.

Si de lo que se trata es de describir el sistema jurídico, habrá que prestar atención a la definición de los institutos, evitando que se introduzcan por esa vía elementos que no se encuentran en el derecho positivo, sino son fruto de los deseos, valores o imaginación del intérprete.

Por lo general, los juristas no dejan ver qué tipo de definición están realizando, lo que les permite hacer aparecer como definiciones informativas algunas que son meras estipulaciones.

Queda por ver si hay otros sentidos de existencia e inexistencia que sean interesantes en este contexto.

VII.- La existencia de las normas

En la teoría jurídica, existencia es un término ambiguo. Daniel Mendonca, coincidiendo con Bulygin,[45] distingue cinco significados de "existencia"

---

[44] Ver Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, Introducción al conocimiento científico, EUDEBA, Buenos Aires, 1985, págs. 54 y 60.

[45] Mendonca, Daniel, Las claves del Derecho, Gedisa, Barcelona, 2000, pág. 48.

respecto de las normas: 1) como acatamiento, o existencia fáctica; 2) como pertenencia o existencia sistemática; 3) como obligatoriedad, o existencia normativa, 4) como promulgación, o existencia formal; 5) como abstracción, o existencia ideal.

Esteban Imaz, en un trabajo dedicado a la teoría del acto inexistente, identifica, partiendo de la teoría egológica, a la existencia o inexistencia de una norma con la primera acepción, y concluye en que la teoría de los actos inexistentes se refiere a actos ineficaces, y que, por lo tanto, no son válidos, por lo cual su existencia es solo aparente, aunque posean existencia en los otros sentidos[46]. Empero, identificar a la existencia de las normas con su eficacia es propio de algunas escuelas realistas. No voy a entrar aquí en la discusión acerca del punto, que se halla lejos de ser aceptado en forma pacífica.

Otro tanto ocurre con la existencia como obligatoriedad. Identificarlas es propio de algunas doctrinas que no aceptan la separación entre el derecho y la moral. Este sentido, como el anterior, podría referirse a la existencia como predicación (en el sentido descripto más arriba, cuarto sentido de "*es*"), siempre que "*eficaz*" ú "*obligatorio*" no se considere sinónimo de "*existente*" (en cuyo caso se trataría de identidad, segundo sentido).

Respecto de la existencia en sentido formal, para aceptarla debe apoyarse una ontología que acepte a las normas como contenidos ideales, a los cuales se refieren las formulaciones normativas. En este sentido serían inexistentes solamente las normas lógicamente impugnables, como p.ej. las autocontradictorias.

Sin embargo, parece más interesante referirse a la inexistencia en el sentido sistemático, que se vincula a la existencia como promulgación. En este sentido, si una de las acepciones del término "*validez*" se traduce, como lo hace Kelsen, por "*la existencia específica de las normas*"[47], una norma no dictada por un órgano competente, p.ej., podría ser calificada de "*inexistente*" (en el mismo sentido que un matrimonio no realizado con la intervención del oficial público). Pero, nuevamente, es preferible, antes que decir "*El acto de Fulano es el dictado de una norma inexistente*", describir la situación como "*El acto de Fulano no es el dictado de una norma perteneciente al sistema S*".

---

[46] Imaz, Esteban, La Teoría del Acto Inexistente, LL, 89 - 893 Imaz se refiere al acto inexistente como aquél "que repugna las valoraciones jurídicas ambientes, al extremo de hacer impracticable su acatamiento por las partes o la imposición de ese acatamiento por el juez", con lo que una ley que, p. ej., vulnere principios constitucionales, se transformaría en inexistente. Parece una ampliación exagerada del concepto de inexistencia. Aunque confirma lo dicho mas arriba en el sentido de hallarse detrás del concepto de inexistencia una cuestión axiológica.

[47] Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, UNAM, México, 1979, pág. 225.

Con ello se salva p.ej., la situación de normas que pueden pertenecer a otro sistema, ya que el Fulano bien puede ser un legislador en otro sistema, y sus normas carecer de efectos jurídicos en el sistema de referencia, y se eliminan las asociaciones y problemas que trae aparejada la noción de inexistencia.

No me extenderé mas en este tema, ya que el propósito principal de este trabajo era analizar la teoría del acto inexistente como aparece expuesta en los teóricos del derecho privado.

VIII.- Inexidad o nulidicencia

La falta de precisión de la teoría permite que haya en la doctrina quienes confunden a la inexistencia con la nulidad, quienes la sostienen como aplicable a todos los ordenamientos, otros solo para aquellos en los que la nulidad no está legislada en forma general, y también quienes la ven aplicable solo a alguna institución, como el matrimonio, y hasta quienes sostienen que debe distinguirse la inexistencia de la "*cuasiinexistencia*"[48].

Mucho depende de la forma en que se encuentre legislado el instituto de la nulidad en el sistema jurídico, ya que es la institución con la que siempre se compara la inexistencia, y que varía en forma contingente en cada sistema. En sistemas que cuentan con una norma amplia de admisión de nulidades[49], la inexistencia aparece relegada a una menor cantidad de casos, salvo para quienes adoptan, para instituciones como el matrimonio, la doctrina que sostiene que las nulidades dispuestas en forma general no les son aplicables, y así introducen la necesidad de la teoría de la inexistencia si de la regulación legal no surge como definitoria la propiedad que patrocinan[50].

Por otra parte, en muchas legislaciones se atribuye a determinada clase de actos afectados de nulidad similares consecuencias a las que, como se cita mas arriba, Zachariae atribuía a los actos inexistentes[51]. A esto se pue-

---

[48] Este último es el caso de Molinario, según surge de Molinario, Alberto, De la cuasiinexistencia matrimonial, JA, 1969-3, pág. 494. Me abstengo de exponer siquiera la distinción, por obvios motivos.

[49] Como el artículo 1044 de nuestro Código Civil, que establece la nulidad para todos los actos que no se realicen en la forma prescripta por la ley.

[50] No voy a introducirme en la discusión acerca de si la nulidad es una sanción jurídica. Es conocida la contraposición entre quienes sostienen esta posición a partir de un teoría imperativista, como Kelsen (op. cit., pág. 63), y la idea de Hart de concebir al derecho como una unión de normas primarias y secundarias, para quien identificar a la nulidad con una sanción resulta de la errónea idea de no distinguir las normas que confieren poderes de aquellas que establecen obligaciones (Hart, op. cit. Cap. III). Solamente la traigo a colación porque hay quienes sostienen que la nulidad se diferencia de la inexistencia porque la primera es una sanción (ver Llambías, op. cit., pág. 563) y la segunda no lo es. Si se acepta la idea de Hart, éste no sería un rasgo distintivo.

[51] En nuestra legislación, p.ej., el art. 1038 del Código Civil establece que un acto nulo carece de validez "aunque su nulidad no haya sido juzgada", y un acto nulo con nulidad ab-

de agregar el que también se puede arribar a la nulidad por otras vías. En muchos sistemas, se declaran nulos a los actos cuyo objeto no cumple con ciertos requisitos, enunciados con expresiones anfibológicas (como p.ej. no afectar la moral)[52], lo que, de hecho, confiere al juzgador la posibilidad de declarar nulos los actos que encuentra axiológicamente objetables.

Si lo dicho se une a la ya mencionada amplitud en la admisión de nulidades, no sorprende el que algunos autores se inclinen por no encontrar diferencias entre nulidad e inexistencia, y otros por descartar la teoría.

IX.- Inexistencia patente o patente de inexistencia

Una de las diferencias que los sostenedores de la teoría destacan es que los actos inexistentes no requieren de declaración judicial, contrariamente a los afectados de nulidad.

Los autores ponen en relieve esta característica como una consecuencia necesaria de la inexistencia, que se halla presente en todos los casos. Sería una propiedad no definitoria pero universalmente concomitante de la clase. Sin embargo esto no es fácilmente sostenible.

En primer lugar, como ya vimos, a veces no es así, ya que puede haber actos nulos que, según las normas, no requieran de declaración judicial.

Empero, tanto para la inexistencia como para la nulidad, la falta de necesidad de declaración judicial no es más que una característica contingente. En efecto, siempre que alguien alegue ante un juez la existencia o inexistencia, pertenencia o no a una clase de actos, validez o nulidad de un acto, para fundar su pretensión en un litigio, el juez, si es pertinente, debe resolver el punto. Su declaración, por la vía de la cosa juzgada, confiere al acto su status definitivo, y bien puede suceder que un acto que hubiera sido considerado inexistente o nulo adquiera el carácter de creador de obligaciones[53]. No otra cosa es lo que sucede cuando cambia la autoridad que dicta normas por vía revolucionaria.

---

soluta es inconfirmable, imprescriptible y el derecho a invocarla irrenunciable. Por otra parte, el art. 223 del Código Civil expresa que el matrimonio declarado nulo contraído de mala fe "no producirá efectos civiles", con lo cual posee las mismas consecuencias que el inexistente (art. 172).

[52] Nuestro Código Civil declara nulos a los actos jurídicos cuyo objeto sea "contrario a la moral y las buenas costumbres", art. 954.

[53] Kelsen, op. cit., pág. 284, sostiene que, por más que alguna orden que aparece con pretensión de ser una norma jurídica no sea considerada tal sin que se considere necesario un acto de anulación, citando el caso de un internado en un manicomio que dicte una ley (lo cual sería sin duda considerado un acto de dictado de norma inexistente por quienes propugnan la teoría), no puede ser considerado un caso de nulidad sin la intervención de un órgano que así lo declare, intervención que tiene carácter constitutiva.

IX.- Conclusión

La "*teoría del acto inexistente*" resulta un buen ejemplo de cómo los teóricos del Derecho introducen elementos valorativos en forma pretendidamente descriptiva, y luego infieren conclusiones teóricas y prácticas de esa introducción. Las resonancias filosóficas de hablar de existencia o inexistencia hacen preferible describir los actos pretendidamente inexistentes como sujetos a nulidad, o no pertenecientes a la clase de que se trata.

RAZONES PARA SEGUIR REGLAS. OBSERVACIONES SOBRE *PRACTICAL RULES* DE A. H. GOLDMAN

Andrea Greppi

I. Una hipótesis

Incluso en soledad los seres humanos llevamos a cabo conductas regulares y seguimos reglas. Es como si no fuéramos capaces o no nos atreviéramos a pasar sin ellas. Las reglas pueden ser de muchos tipos y alcanzar a las materias más diversas: a las costumbres, a las artes, a la moral, a las prácticas de investigación científica, a las instituciones sociales, al lenguaje. Esto es evidente y no hace falta recordarlo. Tampoco hace falta perder mucho tiempo en demostrar que la presencia de reglas explícitas y cada vez más numerosas es uno de los fenómenos más relevantes en los modos de convivencia de las sociedades contemporáneas. En relación con esto último y sobre la base de generalizaciones más persuasivas que probables voy a sugerir la hipótesis de que quizá exista algún tipo de paralelismo o afinidad entre dos procesos tan dispares como son, por lado, la tendencia a la juridificación de infinidad de relaciones políticas, económicas y sociales y, por otro, la tendencia a la procedimentalización de los modos de legitimación de esas mismas prácticas. Nuestro tiempo se caracterizaría, entre otras cosas, por una inercia que nos lleva a pensar a través de reglas, quizá porque pensamos que la solidez de las reglas puede convertirse en un buen sustituto de la certeza que nuestras creencias han ido perdiendo.

Una hipótesis tan amplia ciertamente no puede llegar a ser demostrada en pocas páginas y no tiene interés aventurarse en un intento abocado al fracaso. Tampoco es una hipótesis nueva, pues en ella es evidente el eco de viejos temas weberianos. Sí me parece útil, en cambio, volver en estas páginas sobre algunos procesos que en las sociedades complejas favorecen la multiplicación y diferenciación de las instancias normativas a la que me acabo de referir, porque sigue estando pendiente una clarificación de la noción de "regla" y, sobre todo, del uso de esta noción en contextos institucionales. A esto me dedicaré en las próximas páginas tomando como hilo conductor

el comentario de un libro reciente de Alan H. Goldman[1]. Al principio distinguiré diferentes usos de esas normas que, genéricamente, denominamos reglas. Luego intentaré explorar –todavía de la mano de Goldman, aunque sin coincidir en todo con él– las razones que justifican la adopción y el seguimiento de reglas, si es que pensamos que realmente tales razones existen. Porque si, de un lado, parece que todos comprendemos la necesidad de establecer reglas en determinadas circunstancias; de otro, vemos fácilmente que las reglas son un arma de doble filo. Nos refugiamos en su rigor, pero sabemos que hay muchos contextos de aplicación que demandan flexibilidad y por eso multiplicamos las excepciones. Las reglas son herramientas que nos ayudan a pensar y a actuar, pero también sabemos que esas mismas herramientas pueden dejar de ser útiles en el momento más inesperado y convertirse en vínculos odiosos. Las reglas dan razones y las quitan. Abren posibilidades de acción y las cierran. Son instrumentos peligrosos cuando nos los tomamos en serio y estorbos inútiles cuando no lo hacemos. Y todo ello incluso a pesar de que, como se decía al comienzo, cada vez se hace más complicado vivir sin reglas.

Cuando consideramos la presencia de reglas en el funcionamiento de instituciones sociales estables no podemos dejar de considerar una distinción tan elemental como la siguiente: sólo algunas de esas normas que habitualmente llamamos "reglas" expresan prescripciones universales y se aplican de forma perentoria a la totalidad de los casos que constituyen su objeto. Las demás no se aplican con el mismo rigor, sino atendiendo a la existencia o inexistencia de excepciones, de forma parcial o gradual. Por los motivos que indicaré más adelante, me interesa ocuparme aquí de las primeras, de las normas que son reglas *en sentido estricto*, porque son precisamente éstas las que son más difíciles de justificar y de aceptar, las que cuentan con razones más débiles, las que atacan más directamente a nuestro sentido intuitivo de justicia, cuando pensamos que sería bueno hacer justicia a la singularidad de cada circunstancia concreta y de cada persona. Pero son también, en ocasiones, las más útiles. Reconocemos que en el mundo de las relaciones sociales hay "cosas" que no se pueden lograr si no estamos dispuestos a aceptar el arriesgado compromiso de adecuar nuestra conducta futura al seguimiento de reglas. Ésta será la hipótesis y el problema de fondo de este trabajo: me interesa comprobar si es cierto que en determinadas circunstancias no podemos evitar *echar mano* de reglas, suponiendo que efectivamente tengamos razones y seamos capaces de construir reglas *verdaderas*, es decir, reglas que valgan sin excepción posible. En relación con

[1] A. H. Goldman, *Practical Rules. When we need them and when we don't*, Cambridge University Press, 2001 [en adelante, *PR*].

el derecho y, en general, con las demás instituciones sociales y políticas, se trata de aclarar cuáles son los contextos que admiten este tipo tan exigente de reglas. A este propósito, la propuesta de Goldman me parece que es muy útil. Su tesis se podría resumir diciendo que *a pesar de todo* hay circunstancias en las que no podemos evitar producir reglas, reglas genuinas, vínculos que pongan límites insuperables al razonamiento práctico. De ser cierta, esta idea tendría consecuencias relevantes en el análisis de diversas instituciones sociales. Así por ejemplo en el caso del derecho, donde parece que numerosas prácticas jurídicas se construyen sobre la base de reglas que son perentorias, que producen razones independientes y suficientes para la acción. En estas páginas voy a suscribir la tesis de Goldman, aunque en la conclusión intentaré especificar cuáles son los contextos en los que hay buenas razones para introducir reglas. Como veremos más adelante, el planteamiento de Goldman logra distanciarse con éxito de aquellas concepciones del razonamiento jurídico que aspiran a ser "sensibles" tanto a las reglas, o a las razones que derivan de la existencia de reglas, como a las circunstancias particulares del caso. Sin embargo, creo que la concepción del derecho por la que aboga Goldman sigue siendo todavía "demasiado sensible" a las razones particulares. A mi me parece que las reglas son más frecuentes de lo que él dice y que las reglas (las reglas en sentido estricto) juegan un papel más amplio en el funcionamiento de las prácticas jurídicas. Sólo al final de estas páginas intentaré razonar esta última afirmación.

II. Las razones de los principios frente a las reglas

Enfoques muy diversos han confluido en la discusión sobre la existencia y la función de las reglas en el razonamiento práctico. En el ámbito jurídico, la tesis de que existen reglas, reglas auténticas, no es en absoluto pacífica. Venimos de un periodo caracterizado por la disolución progresiva de los presupuestos conceptuales del formalismo jurídico, tanto en el ámbito de la dogmática, como en el de la práctica jurisprudencial y en la propia estructura de los textos legales[2]. Motivos muy diversos han conducido a esta erosión de las reglas y a la expansión de los principios como guía de la legislación y de las prácticas de aplicación del derecho. Sin ánimo de ofrecer un catálogo exhaustivo de un conjunto de causas que son, por lo demás, de sobra conocidas, podemos recordar aquí, en primer lugar, las dificultades que ha ido encontrando la teoría del derecho positivista, en un periodo de profunda revisión de sus presupuestos epistemológicos. En segundo lugar, la incorporación de los principios morales básicos del liberalismo político a los textos

[2] Sobre la conexión entre formalismo y reglas, M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.

constitucionales y su reconocimiento universal a través de instrumentos normativos de carácter jurídico: una transformación en la "estructura" de las prácticas jurídicas habría debido producirse de manera "natural" como consecuencia de la positivación de normas que, por su contenido, tienen un carácter moral. Por otra parte, y en tercer lugar, la difusión de un derecho de principios se conecta con un cambio en las funciones del derecho mismo, que habría ido adaptándose a las demandas de un entorno caracterizado por pérdida de centralidad de los sujetos tradicionales del derecho burgués (el estado, el ciudadano) y por la aparición de contextos en los que el viejo paradigma ha ido perdiendo eficacia de forma inexorable. Recordaré, por último, la necesidad de revitalizar a través de un derecho estructuralmente conectado con principios las fuentes de legitimidad del sistema político, debilitadas por la crisis de los mecanismos tradicionales de participación y representación democrática.

Es probable que ninguna de las razones que estaban detrás de la reivindicación de los principios frente las reglas haya sido desmentida por los hechos y, sin embargo, no está tan claro que haya llegado a producirse un auténtico cambio de paradigma en la teoría y en la práctica del derecho. Por algún motivo que no llega a ser del todo explícito, el formalismo va perdiendo terreno pero no desaparece, como demuestra el hecho de que siguen apareciendo claras tensiones antiformalistas. Se puede suponer que la reivindicación de los principios estuviera algo inflacionada y que su capacidad de transformación de la práctica del derecho fuera menor de lo que se decía. Por otra parte, es un hecho que nadie se atreve a volver la espalda del todo a las razones del positivismo y, más bien, hay mucha gente que está intentando establecer diferencias entre las razones buenas del positivismo y las malas, "renovando" la concepción positivista del derecho sin renunciar a los valores de seguridad, certeza e igualdad que en ella se encarnaban. Cabe pensar, como muchos dicen, que el repliegue hacia un *derecho débil*, hacia un derecho basado en normas *débiles*, llegará a ser inevitable en el contexto de la sociedad contemporánea, pero lo cierto es que hoy todavía no lo es. Además, empezamos a sospechar que ese repliegue no vaya a ser a largo plazo la estrategia más provechosa para hacer frente a las formas de injusticia que empezamos a conocer en nuestros días. La sospecha, en dos palabras, es que un derecho débil acabe convirtiéndose en derecho al servicio de los poderosos y no de los débiles. Hoy parece claro que de la tesis según la cual «en el derecho *también* hay principios» no es legítimo inferir la consecuencia de que «en derecho todo son principios y (ya) no hay reglas».

Algunas referencias brevísimas a los debates sobre estas materias que han tenido lugar en la teoría del derecho más reciente. No hace falta recordar que el estímulo más relevante es el que proviene de la demoledora crítica

contra la concepción del derecho basada en reglas realizada por Ronald Dworkin en el contexto de una filosofía política que aspiraba a recuperar sus pretensiones normativas. No hace falta tampoco recordar que esta línea de crítica no ha sido la única que ha protagonizado esta nueva fase en la revuelta contra el formalismo. Lo que se ha producido es más bien una confluencia entre corrientes diferentes en un proceso de revitalización del constitucionalismo liberal (y no solo liberal) que responde a necesidades muy complejas. En este terreno han acabado encontrándose tradiciones muy alejadas de la argumentación jurídica o de la dogmática constitucional. Al final hemos aprendido que el derecho está formado por un conjunto muy heterogéneo de materiales normativos, que no hay una diferencia estructural clara entre reglas y principios, sobre todo si asumimos la distinción entre enunciados y normas, y que no hay criterios constantes para saber si en su uso una norma *funciona* como una regla o como un principio. La discusión involucra complejas discusiones de filosofía moral, sin las cuales no es posible responder a la pregunta de si el derecho produce o no razones perentorias e independientes para la acción; o si existen o no razones para mantener una "presunción" de aplicar las normas jurídicas respetando el criterio de generalidad. En caso de que así sea no hay duda de que necesitamos algún otro criterio, un criterio independiente, para determinar cuándo quiebra la presunción de aplicar reglas[3]. Eso puede suceder a niveles distintos: en el ámbito de las razones particulares que determinan la conveniencia de aplicar una regla a un caso, o en un nivel superior en el que la norma expresa una jerarquía de razones querida por el legislador, entre las que se encuentra también la conveniencia de respetar o romper la regla misma. En todo caso, parece inevitable reconocer que en su pretensión de "aplicar normas" el razonamiento jurídico se encuentra apresado, exactamente igual que las restantes formas de razonamiento práctico, entre la exigencia de tratar igual a los iguales y la necesidad, potencialmente ilimitada, de reconocer excepciones sensibles a la naturaleza particular de cada caso. Y no parece haber fórmulas mágicas para resolver esta doble exigencia.

III. Argumentos iniciales contra el particularismo

El trabajo de A. Goldman que voy a considerar en las próximas páginas se sitúa en la perspectiva más general de análisis del razonamiento práctico e

[3] Sobre este punto me parece muy clarificador el planteamiento desarrollado en F. Schauer, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1992. Véanse los recientes comentarios sobre esta obra aparecidos en *Notizie di Politeia*, XVIII, núm. 66, 2002. El lector disculpará que no aparezca mencionado aquí el resto de la amplísima bibliografía referida a estas cuestiones.

intenta responder a la pregunta de *si* y *cuándo* podemos considerar racional seguir reglas. Es verdaderamente útil remontarse a esta perspectiva general para entender de dónde viene la tensión entre las virtudes de la generalidad y las de la sensibilidad a las razones particulares[4]. Como escribe Goldman, aunque parece que «*the application of rules is not the norm in sound moral reasoning, at least in difficult circumstances*», no deja de ser cierto que pueden darse circunstancias en las que «*agents ought to obey rules even when they regret the outcomes and believe they could do better*» [*PR*, 1]. Es en esos casos, que pueden ser recurrentes, en los que más difícil resulta prescindir de la idea de que el razonamiento práctico típico consiste en la aplicación de reglas o principios generales y/o universales a casos particulares. Y ello incluso a pesar de que en otras ocasiones distintas, por *sentido común*, sea inevitable desconfiar de las reglas. En efecto, casi nunca nos decidimos a actuar de forma tan categórica: parece que el razonamiento basado en reglas no constituye una buena reconstrucción de nuestras prácticas argumentativas ordinarias y ni siquiera de nuestras motivaciones sicológicas más fuertes. En unos casos parece indispensable adoptar reglas "en sentido estricto", es decir, normas «*that state sufficient conditions for acting or refraining from acting or, in weaker versions, state conditions must be given independent weight in any circumstances in wich they obtein*». Pero existen también otras situaciones diferentes en las que parece suficiente, y por tanto preferible, apelar a un «*weaker constraint whose satisfaction suffices for consistency among judgments*». En estos casos, lo único que la justificación práctica exige es no juzgar dos casos de manera diferente «*without been able to cite a relevant difference between them*» [*PR*, 2].

Al margen de que podamos citar autores antiguos o recientes que han tratado esta materia[5], no hay duda de que hoy sigue estando abierta la polémica entre los defensores de un modelo particularista o contextualista en el que se acepta la existencia de un catálogo indeterminado o indefinidamente abierto de excepciones, y quienes, por el contrario, intentan defender con argumentos más o menos sofisticados la necesidad de atenerse a reglas. La idea general de Goldman a este propósito (y su opinión parece acertada) es

[4] Una persuasiva defensa del particularismo moral se encuentra en J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, ***, 1993.

[5] Entre los defensores de las reglas bastará recordar a Hobbes, a Kant, a J. S. Mill, a Hare y, en otro terreno, a Wittgenstein. Entre los filósofos del derecho contemporáneos se encuentran al menos Hart, Raz y Schauer. En otros ámbitos, hay que recordar los trabajos de Elster, Nozick o Gauthier. El argumento general que se puede elaborar contra el modelo "particularista" es que en él acaba disolviéndose la posibilidad misma de que existan criterios normativos estables, pues toda norma acaba siendo considerada siempre «*dispensable in favor of the direct perception of morally relevant factors*» [*PR*, 3].

que la aproximación particularista a la argumentación práctica encuentra obstáculos insalvables. En primer lugar porque los particularistas no disponen de un «*alternative account of reasoning to the correct answer to difficult moral problems*», en la medida en que no pueden apoyar sus juicios en otra cosa que no sean simples intuiciones, «*however dressed up in new vocabulary about the wheights of factors in particular cases*» [*PR*, 3]. En segundo lugar porque ignoran que determinadas situaciones reclaman la presencia de reglas, incluso cuando la conducta exigida no cuenta con el respaldo del juicio moral "ordinario" o "directo".

Si aceptamos que estos son los términos del debate, la deseada reacción contra el particularismo dependerá de que logremos salvar algunos escollos. Ante todo, depende de la posibilidad de determinar con precisión cuáles son esas situaciones que requieren reglas y, además, de que seamos capaces de explicar en qué sentido es racional establecer vínculos que afectan tanto al juicio, como a la conducta. Aunque volveremos sobre esto, habría dos situaciones típicas en las que *en principio* puede estar justificada la estrategia de las reglas. En primer lugar, cuando tenemos razones para creer que nuestras probabilidades de error en el juicio disminuyen con la adopción de restricciones a la facultad de juzgar. Esto es lo que pasa, por ejemplo, en situaciones caracterizadas por un incontrolable nivel de complejidad, por la presencia de altos costes de información, o por una carencia de recursos epistémicos debidas, quizá, a la incapacidad o a la estupidez de las personas que han de juzgar[6]. El segundo tipo de situaciones es el que se produce cuando un determinado curso de acción resulta inocuo por sí mismo, considerado de forma aislada, pero produce efectos acumulativos perjudiciales, tanto desde el punto de vista moral como prudencial. Estos casos, dice Goldman, «*resemble typical prisoners' dilemmas in wich prudentially rational actions leave everyone worse off than they could be, that is, result in collectively irrational outcomes except that here morally permissible or required actions result in morally unacceptable outcomes*». Introducir reglas en este tipo de contextos, y quizá, pero ésta es una cuestión parcialmente diferente, reforzar su cumplimiento con sanciones, «*prevents the negative cumulative effects as well as unfairness or free riding by individuals who correctly calculate the negligible harmful effects of their individual actions*» [*PR*, 5].

---

[6] No se trata aquí de errores debidos a simple falta de virtud en la persona que juzga, o a una ignorancia que pueda ser remediada, sino a situaciones de "falibilidad radical". «*In such contexts* –escribe Goldman– *there exists an optimal pattern of moral decisions on ordinary grounds and a threshold at which such decisions begin to result in cumulative harm. But the optimal pattern of moral decision making is unattainable, and the adoption of genuine rules allows us to achieve second-best or acceptable patterns of behaviour*» [*PR*, 13].

De este modo, parece que habría llegado a resolver la cuestión que planteábamos al comienzo: disponemos ya de algún criterio útil para saber cuándo hay y cuándo no hay reglas en derecho o, por lo menos, cuándo debe o no debe haberlas. No hay duda de que se trata todavía de criterios inseguros, que abren diversos frentes de crítica. Sin embargo, si los damos por buenos, aunque sea de manera provisional, podremos comenzar a movernos en una dirección prometedora. La tarea que nos queda por delante es ver qué lugar ocupa esta justificación del modelo de reglas en el concepto de derecho y en la definición de sus funciones. Pero antes de llegar a eso será conveniente hacer alguna precisión sobre el concepto de "regla".

IV Normas que no son reglas

Como se dijo antes, sólo podemos decir que son reglas en sentido estricto aquellas normas que tienen un ámbito de aplicación universal, esto es, aquellas prescripciones que establecen de forma categórica qué es lo que tenemos que hacer cuando se dan determinadas circunstancias. Son, por tanto, enunciados que conectan propiedades naturales de estados de cosas, que entendemos constituyen las condiciones de aplicación de la norma, con acciones que se consideran debidas. De este modo, el enunciado que expresa una regla "proporciona" razones perentorias, suficientes e independientes de las circunstancias particulares del caso para realizar la acción prescrita [*PR*, 11, 12]. Por supuesto, no todas las normas son tan rígidas como las reglas y se aplican de forma perentoria. Es más, no está en absoluto claro que en el razonamiento práctico puedan existir normas tan exigentes. No hay duda, en efecto, de que muchos de los enunciados normativos que se presentan en esta forma universal en realidad incluyen cláusulas tácitas en las que se contemplan excepciones o incluyen entre las condiciones de aplicación la referencia a propiedades "no naturales" –según la expresión que utilizaba Goldman–. La interpretación de estas normas y, por tanto, su aplicación a supuestos específicos no es necesariamente indeterminada, como quizá pretenden algunas tesis radicalmente escépticas, pero sí pone en marcha procesos hermenéuticos más amplios, que abren nuevos contextos de interpretación. Lo característico de las reglas sería, por el contrario, el establecer un nexo *inmediato* entre un estado de cosas y un deber.

Con el objeto de aclarar esta afirmación será útil subrayar algunas diferencias de carácter estructural entre algunos tipos de normas. Es posible establecer, en primer lugar, la distinción entre enunciados normativos que contienen alguna clase de indeterminación semántica y enunciados que no la tienen. En la medida en que establecen un nexo entre "propiedades naturales" y acciones, las reglas en sentido estricto no pueden ser indeterminadas: sólo así alcanzan ese carácter perentorio que les atribuimos. Naturalmente,

ninguna regla hace explícita la totalidad de las reglas semánticas que determinan el significado de los términos que la componen. Se supone, no obstante, la posibilidad de llegar a identificar esas reglas, la posibilidad de hacerlas explícitas. Pero eso no siempre será así: por mucho que tengan apariencia de reglas, aquellas normas en las cuales no es posible identificar las reglas semánticas que son necesarias para determinar un conjunto de propiedades naturales del mundo que constituyen sus condiciones de aplicación, serán normas "incompletas". En este sentido, diremos que el razonamiento basado en normas incompletas es, a su vez, un razonamiento "incompleto"[7]. En la aplicación de normas, distinguiremos entonces entre problemas relativos a la determinación de las "condiciones de verdad" de los términos que componen el enunciado de la norma, que muy a menudo tienen una importancia crucial en las situaciones de penumbra o de vaguedad; y problemas que surgen cuando es la propia estructura de la norma la que permanece abierta, en el sentido de que no permite identificar un catálogo preciso de "condiciones de aplicación". A estos últimos me referiré un poco más abajo. De los primeros, en cambio, se puede decir que son problemas de carácter puramente interpretativo, que se resuelven por medio de estipulaciones definicionales, basadas a su vez en razones de orden sustantivo. Diremos entonces que los enunciados que generan esta clase de problemas interpretativos no contienen verdaderas reglas, sino normas "incompletas", normas que con Goldman podemos calificar como "pseudorreglas" [*PR*, 16]. Por lo general, estos enunciados hacen referencia a propiedades morales, susceptibles de ser valoradas con arreglo a criterios normativos de orden diferente. Son problemas de carácter semántico los que afectan a las normas que hacen referencia a virtudes, a valores, o a otros criterios normativos que admiten una aplicación flexible. Como explica Goldman, no podemos decir que en el orden moral exista una *auténtica regla* que prescribe "no matar", porque en nuestro universo moral el término "matar" no indica de manera unívoca "realizar acciones que tienen como resultado causar la muerte a otro". "Matar" es, por el contrario, un término que incluye una referencia implícita a *otras normas* que contienen reglas semánticas en virtud de las cuales establecemos diferencias relevantes entre las distintas situaciones en las que una persona puede causar de manera intencional la muerte de otra[8].

Buena parte de los problemas de indeterminación de las normas pueden ser analizados como problemas semánticos. Lo interesante es darse cuenta

---

[7] Escribe Goldman: «*Complete moral reasoning must comence from descriptions couched in non-moral terms that are held to be morally relevant*» [*PR*, 13].

[8] En este sentido, «[...] *the reasoning involved in applying [pseudorules] will consist mainly in determining wheter the normative terms are apllyed appropriatedly*» [*PR*, 16].

de que no todos lo son. Hay problemas que, como acabamos de ver, pueden ser resueltos por medio de una reconstrucción de términos oscuros y hay problemas que requieren un tratamiento distinto, en particular aquellos que derivan de la indeterminación en las condiciones de aplicación. En el primer caso debemos encontrar razones que completen la información proporcionada por el enunciado de la norma. En el segundo no basta con resolver problemas semánticos. En concreto, se necesita identificar también otras razones distintas que sean relevantes para la interpretación en el caso concreto. La idea es que a diferencia de lo que sucede en el caso de las reglas en sentido estricto aquí son las razones ausentes las que determinan el juicio, en la medida en que son estas razones (y no las contenidas en la norma) las que identifican las condiciones de aplicación relevantes en el caso. En este sentido –como escribe Goldman– «*many of the rules that we ordinarily think as normative are dispensable in moral reasoning in favour of their background cases and the reasons they instantiate*» [*PR*, 18]. Algunos ejemplos permiten quizá aclarar esta idea.

En primer lugar, el caso de ese tipo particular de normas que conocemos como *reglas prudenciales* o *máximas de la experiencia* ("*rules of thumb*"). Según lo dicho, éstas serían normas dispensables y no auténticas, pues son normas que se limitan a "referir" el resultado de procesos deliberativos que tuvieron lugar en el pasado y que se supone podrán repetirse en el futuro [*PR*, 14]. En este sentido, son proposiciones que contienen indicaciones útiles para la argumentación moral, porque ahorran tiempo y esfuerzo, pero que carecen de fuerza normativa independiente. Y es que, en efecto, los juicios basados en generalizaciones de la experiencia son, por definición, incompletos. No contienen información alguna sobre la relevancia de los ejemplos pasados y sobre su adecuación a la situación presente que es objeto de juicio. "Aplicar" esta clase de normas –y veremos que esta observación vale también para otros casos que mencionaré a continuación– equivale a *mirar a través de ellas* hasta encontrar razones inmediatamente derivadas del caso concreto y que no están contenidas, por tanto, en la norma misma. El razonamiento basado en máximas de la experiencia puede ser sustituido, sin que se produzca ninguna pérdida relevante de sentido, por un razonamiento (eso sí, más complejo) basado en razones "sustantivas" o "de fondo" ("*background reasons*") que corresponden al caso. Las razones que las máximas expresan "valen" únicamente mientras no aparezcan otras consideraciones relevantes, mientras no aparezcan argumentos "de más peso", y luego desaparecen.

Un segundo caso es el de las normas que expresan *convenciones*, esto es, el de las normas que sirven para resolver ciertos problemas de coordinación social. Lo característico de este tipo de normas es que su cumplimiento

–por definición– no genera problemas de motivación en los destinatarios. En las situaciones en que resulta posible resolver con éxito problemas de coordinación de la acción por medio de convenciones, en principio, nadie tiene motivos para incumplir. Así, por ejemplo, es sensato pensar que nadie debería tener razones para preferir circular por la izquierda o por la derecha de la calzada, en el caso de que todos los demás viandantes estén dispuestos a hacer lo mismo. Al mismo tiempo, sin embargo, es claro cualquiera tendrá interés en que los demás circulen de forma ordenada. Si se establece la convención de circular por la derecha, o la contraria, todos estarán suficientemente motivados para seguirla. En este sentido, las convenciones expresan estrategias óptimas de cooperación y no estrategias sub-óptimas, como en el caso de las normas que contienen reglas en sentido estricto. La rigidez de las reglas se justifica ante la imposibilidad de asegurar una motivación espontánea y estable para el cumplimiento, pero se vuelve innecesaria cuando tal motivación, de hecho, existe. Esto tiene una consecuencia interesante para lo que a nosotros nos interesa. Mientras que la lógica de las reglas no admite excepciones, la de las convenciones siempre es condicional. La norma que expresa una convención se vuelve dispensable en el instante en que aparece una estrategia de acción alternativa que permita solventar el problema de coordinación que había dado origen a la norma. Dicho de otra forma: las convenciones nunca son reglas incondicionales porque es imposible descartar que en contextos particulares de aplicación surjan estrategias de acción que sean, tanto desde el punto de vista individual como colectivo, más racionales que el cumplimiento de la norma. El catálogo de excepciones queda entonces lógicamente indeterminado.

Un tercer caso es el de las *reglas prima facie*. Estas son normas en las que el catálogo de las excepciones relevantes posibles así como el peso relativo de esas excepciones respecto de la norma permanece indeterminado. Lo interesante en este caso es saber si las razones contenidas en las reglas derrotadas siguen "existiendo" o "teniendo *cierto* peso" cuando ya sabemos que no han sido determinantes en el juicio[9] [*PR*, 20]. Si así fuera quizá pudiéramos alcanzar una representación adecuada del funcionamiento intuitivo del razonamiento práctico, especialmente del razonamiento jurídico, combinando exigencias dispares. Por un lado, en cualquier sistema normativo mínimamente desarrollado es casi siempre contraintuitiva la rigidez de

[9] Si así no fuera, si dejaran de "existir", podríamos decir que el razonamiento no ha consistido realmente en la aplicación de *esa* norma, la norma derrotada, sino en la identificación de una norma diferente que determina a la postre el juicio. Éste tipo de diferencia lógica es el que se da en el ámbito procesal entre una eximente que excluye la responsabilidad penal y un defecto de forma que determina –por ejemplo– la nulidad de una prueba y, finalmente quizá, la absolución de un imputado.

las reglas: sabemos que toda norma está en conflicto con otras, es parcialmente dependiente de otras y, muy probablemente, requiere una aplicación sensible a otras consideraciones derivadas de la existencia de otras normas. Pero afirmar que toda regla puede tener sus excepciones no equivale a afirmar que no existen reglas, entre otras cosas porque resulta igualmente contraintuitiva la idea de una argumentación sin reglas.

Sin embargo, como acertadamente señala Goldman, la idea de que existen reglas "débiles" o "derrotables", reglas que por su particular configuración siguen teniendo cabida en el razonamiento práctico incluso después de haber sido derrotadas, resulta un tanto oscura. El problema es que para decir que todavía "existen" es necesario saber si efectivamente tienen alguna influencia, condicionan en algún sentido el resultado del proceso deliberativo. Pero si es así, es decir, si orientan la acción, tienen que contar con el respaldo de razones análogas a las que justifican la existencia de las demás reglas, aquellas que consideramos "fuertes". De este modo, la estructura del razonamiento basado en reglas débiles acaba coincidiendo con la del razonamiento basado en las razones particulares del caso. Sólo hay diferencia de él si afirmamos que la presencia de reglas débiles aporta, con carácter general, un "peso extra" a determinadas razones. Y ello es así porque las reglas débiles no son meras máximas prudenciales, simples recordatorios de la experiencia. Así pues, al final, volvemos a encontrarnos ante un problema de justificación: en este caso se trata de saber si es racional (y en qué sentido es racional) introducir alguna clase de regularidad en el juicio sobre el peso relativo de las razones que intervienen en el juicio, así como del sistema de prioridades entre ellas. De lo contrario, el razonamiento basado en reglas *prima facie* se disolvería irremediablemente en el particularismo, pues nos veríamos abocados a revisar *en cada caso concreto* el peso relativo de las razones derrotadas y las razones operativas[10]. En esta dificultad incurren quienes dicen que las normas jurídicas generan (o incorporan necesariamente) una presunción derrotable en favor de su cumplimiento. La necesidad de reconsiderar *caso por caso* esta presunción, convierte en superflua la regla general que prescribe el respeto al texto de la ley.

[10] El propio Goldman reconoce la dificultad de identificar la idea de que ciertas reglas aportan un "peso extra", pero no un peso "definitivo" a determinadas razones. Sin una explicación satisfactoria del valor añadido de determinadas razones en determinados contextos, el razonamiento basado en reglas débiles colapsa en el particularismo [*PR*, 56, 106]. En la última parte de *Practical Rules* Goldman ensaya una vía de razonamiento "sin reglas", un modelo de razonamiento que esté basado en las "analogías y diferencias" de los casos particulares y que al mismo tiempo incopore, a través de la noción de coherencia, una mínima referencia de universalidad. Cfr. *PR*, cap. 4.

V. Tipos de razones y tipos de normas

Veamos ahora hasta qué punto es posible trasladar estos argumentos al ámbito de las prácticas jurídicas. Sabemos que el derecho es un sistema de normas que aspiran a orientar la conducta de los ciudadanos o de determinadas personas encargadas de su aplicación. En un sentido muy obvio parece que las normas del derecho proporcionan razones y motivos para actuar de una forma determinada y es *normal* pensar que las normas jurídicas, al menos algunas, reclaman obediencia en la generalidad de los casos. No se me oculta que una afirmación como ésta suscita un número enorme de problemas que no se pueden recoger aquí[11]. Desde una perspectiva más limitada será suficiente plantear si existe alguna relación entre diferentes tipos de reglas y diferentes tipos de razones para ver si está justificado (o no) establecer reglas y, sobre todo, cuándo está justificado establecer reglas en sentido estricto.

En efecto, es interesante observar que existe alguna clase de correspondencia entre ciertos tipos de normas (o usos de normas) y ciertos tipos de razones. Los enunciados jurídicos que contienen esa clase de las normas que más arriba llamábamos *pseudorreglas* no proporcionan "auténticas" razones para actuar o, como mucho, aportan razones que no pasan de ser "incompletas". Por otra parte, las normas que expresan *máximas de la experiencia* dejan inalterado el balance de las razones subyacentes, de manera que tampoco proporcionan razones suficientes para actuar. Son, como antes veíamos, normas dispensables, que tan sólo contribuyen a la identificación de otras razones que son las verdaderamente relevantes. Sólo las reglas *genuinas* modifican ese balance. Algunas reglas de ellas, las reglas débiles, determinan el peso relativo de las demás razones que pueda tener el agente en contextos particulares. Otras, las fuertes, proporcionan razones perentorias, razones generales que superan las demás razones o que excluyen la posibilidad de considerar las razones del caso. Sé bien que estas distinciones no se corresponden con las tipologías que se manejan habitualmente en filosofía del derecho, en particular, con la distinción entre principios y normas. No obstante, creo que no hay duda de que cuando una norma (sea del tipo que sea) produce razones que orientan la acción o modifica el balance de las demás razones, necesita alguna clase de justificación. Necesitamos saber por qué debemos hacer oídos sordos a algunas de las razones posibles, privilegiando otras, y con arreglo a qué criterio debemos introducir analogías y diferencias relevantes en el juicio. La tesis general de Goldman sobre

[11] Cfr., por ejemplo, C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

esta cuestión es que las mismas razones que valen para adoptar reglas en los restantes ámbitos del razonamiento práctico valen también en el ámbito jurídico. En el análisis de las razones para adoptar reglas se explicitan y se afinan los criterios de certeza, predictibilidad e igualdad de trato a los que apelaba la teoría jurídica tradicional para justificar la aplicación general de las normas.

Admitiendo que efectivamente existan razones para adoptar reglas –más abajo nos referiremos a ello– el punto más controvertido sigue estando en la distinción entre reglas fuertes y débiles. Sobre todo, si no perdemos de vista que un mismo enunciado puede tener diferentes usos en contextos de aplicación diferentes, de manera que puede ser leído bien como un principio o bien como una regla, dependiendo del contexto de uso [*PR*, 112]. En este punto, tenemos la posibilidad de adoptar al menos dos diferentes estrategias de análisis, que Goldman indica con claridad reconstruyendo el debate de la filosofía del derecho reciente. Podemos considerar el problema desde una perspectiva descriptiva, preguntando si conforme a un ordenamiento jurídico determinado las normas jurídicas *son* reglas o principios, o si los juristas en un momento histórico determinado *usan* las normas como reglas o como principios. Pero también podremos adoptar una perspectiva normativa en la que habrá, a su vez, un doble nivel de análisis: una cosa es, en efecto, comprobar si el derecho *prescribe* tratar las normas como reglas o principios, y otra distinta analizar si está justificado o no *en general* hacer una cosa u otra.

La perspectiva descriptiva es aquella en la que se sitúa (al menos la primera parte de) el conocido debate entre Hart y Dworkin. La posición de Hart es la de quien defiende la existencia de reglas en derecho, al menos, y por todas, una única regla de la que depende la identificación del material normativo jurídicamente relevante. La aceptación de esta regla convierte en jurídicamente irrelevantes las demás consideraciones que pudieran orientar la acción y compromete a los participantes en un particular sistema normativo[12]. Otras teorías del derecho (por todas baste citar la de Kelsen) tienen elementos que cumplen una función análoga. Una propuesta contraria –como es sabido– puede ser la de Dworkin. Su idea básica es que el derecho no es un sistema formado exclusivamente por reglas, sino un orden normativo que incorpora necesariamente principios. Pero como los principios son *nor-*

[12] La existencia de *esta* regla o de, al menos, *una* regla de este tipo convierte al derecho en un dominio normativo autónomo, incluso aunque sea puramente autorreferencial y contemple posibles puntos de conexión con otros sistemas normativos externos a él. Sobre la conexión necesaria o solamente parcial entre la tesis de la autonomía y la tesis de que el derecho es un sistema de reglas, cfr. *PR*, 113 ss.

mas generales, de los que depende la coherencia y la fuerza normativa a la totalidad de las demás normas que pertenezcan a un sistema jurídico, la autonomía de las reglas queda desvirtuada [cfr. *PR*, 116]. Al final ya no hay reglas que determinen por sí mismas las decisiones, porque la aplicación de las normas, de cualquier norma, reclama necesariamente la mediación hermenéutica de los principios o, en su lenguaje, porque la aplicación de normas nos compromete con la mejor reconstrucción normativa posible de nuestras visiones comprensivas acerca de una sociedad justa. De este modo, las reglas acaban resultando dispensables y acaban dejando paso a las razones que sean más coherentes con valores sustantivos de justicia.

No niego que una concepción hermenéutica como la de Dworkin refleja con cierta aproximación lo que *de hecho* hacen los juristas (o lo que creen que hacen; o lo que dicen que hacen) cuando aplican el derecho. Sin embargo, la posibilidad de alcanzar la certeza o la coherencia depende de que exista un orden único de valores, de principios y de criterios interpretativos que deberá compartir toda aquella persona que pretenda situarse en la perspectiva interna del sistema normativo. Es decir, requiere no sólo la aceptación de normas, sino de un orden normativo mucho más amplio, vinculado a una tradición jurídica determinada. Sin esta interiorización de valores, no se entiende cómo puede funcionar la idea de un derecho sin reglas, como en el fondo propone Dworkin. Un problema de esta propuesta es que esos procesos de interiorización de la cultura jurídica liberal-democrática se hacen cada vez más inciertos en un contexto caracterizado por un pluralismo social que se tiñe cada vez más de politeismo de valores. En un plano de análisis algo distinto, aunque quizá relacionado con el anterior, otro argumento contra Dworkin consistiría en observar que de hecho muchos juristas actúan de hecho *como si* buena parte de los casos de los que se ocupan fueran casos claros y los resuelven "correctamente" aplicando reglas que son generales, sin que aparezcan dificultades "relevantes" desde el punto de vista hermenéutico.

No quiero decir con esto que la contraria, que podemos identificar una vez más con Hart, esté libre de dificultades. Muchas de las críticas que ha recibido parecen acertadas, aunque en relación con lo que aquí interesa resulta especialmente interesante la idea de que al admitir la tesis de la discrecionalidad interpretativa en el ámbito de penumbra del significado de las normas, la opción formalista se ve obligada a guardar un inaceptable silencio sobre lo que *se debe hacer* en los casos difíciles. Si la tesis de la arbitrariedad –por así decir– "controlada" parece satisfactoria desde el punto de vista descriptivo, puede que efectivamente no lo sea desde el punto de vista práctico. En definitiva: tiene razón Goldman al decir que el debate entre formalistas y antiformalistas parece haberse cerrado por el momento con un

empate. Los primeros tienen el recurso de afirmar que su teoría es preferible desde el punto de vista descriptivo. Sin embargo, sólo apelando argumentos de carácter normativo, como por ejemplo aquél que *justifica* la relativa discrecionalidad de los intérpretes o aquél que apela a una noción *normativa* de coherencia, podemos dar respuesta a la pregunta de si el derecho se compone *principalmente* de normas o de principios, de si en el derecho hay o no –recuérdese que éste es el tema que aquí nos ocupa– reglas en sentido estricto. Es en este último terreno donde habrá de deshacerse el empate.

De todos modos, y aunque la necesidad de desplazar el debate al terreno propiamente normativo sea ya indiscutible, tengo la impresión de que Goldman (y con él otros muchos, entre los cuales se encuentra quizá el propio Dworkin) no ha prestado la debido atención a un detalle que afecta de manera decisiva a la materia que aquí nos ocupa y sobre la que habrá que volver más adelante. Es cierto que el derecho *tomado en su conjunto*, esto es, el derecho como *conjunto de normas que orientan la conducta*, incluye normas de diferentes tipos y que necesitamos razones para explicar por qué esto es así. Pero también es cierto que hay una parte específica del sistema jurídico, aquella en la que están las normas que Hart llamaba secundarias[13], donde se observa un predominio suficientemente claro de las reglas sobre los principios. Digo un *predominio*, pero en realidad tengo dudas de que los principios puedan cumplir las mismas funciones que de hecho cumplen las normas secundarias[14]. No es necesario abrir una discusión que podría ser muy larga. La regla de reconocimiento, con independencia de cuál sea su contenido y el contenido de las normas que identifica[15], es una norma general que permite identificar como jurídicas determinadas normas. De hecho, puede ser descrita como "regla constitutiva" del orden jurídico. Por su parte, las reglas de adjudicación y cambio son "normas sobre normas"[16], reglas en sentido estricto que atribuyen, distribuyen y limitan poderes y competencias de los órganos encargados de administrar el derecho. Así pues, hay una cuestión a la que Goldman no habría dado la suficiente importancia y

[13] H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cap. ***.

[14] No se me ocurre más excepción que la del principio de separación de poderes. Por lo demás, parece que éste es un principio extremadamente débil, que cede con facilidad cuando se enfrenta a las reglas constitucionales que otorgan competencias y que no por casualidad es utilizado a menudo como moneda de cambio en la negociación política. Mucho más clara todavía es la debilidad de los principios que "rigen" la separación horizontal de los poderes del estado en relación con la descentralización política y administrativa.

[15] Me refiero a la compleja polémica que se viene desarrollando a partir de H. L. A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, Universidad Nacional Autónoma, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

[16] Cfr. N. Bobbio, *Teoría de la norma jurídica*, en *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, cap. V.

es el hecho de que dentro de la compleja maquinaria de un sistema jurídico hay un conjunto de normas específicas que cumplen una serie de funciones y que adoptan (por lo general) la forma de reglas. Puede que no se trate de una simple casualidad y que la presencia de reglas pueda estar justificada en ese ámbito específico.

VI. La cuestión normativa

Parece que la respuesta a la cuestión descriptiva involucra –como decíamos– cuestiones normativas más amplias[17]. No basta con indagar si el derecho se compone de reglas o de principios: lo que necesitamos es saber cuándo y por qué la (relativa) opacidad del lenguaje de las normas comienza a ser relevante.

La primera vía para intentar responder a esta pregunta recoge el legado de la tradición realista. Consiste en afirmar –como señala Goldman– que la mayor o menor presencia de principios o de reglas en las prácticas de interpretación «[...] *depends on the style of lawmaking and even more on the accepted normative theory of jurisprudence that tells judges how to read these requirements*» [*PR*, 120]. Confiamos, por tanto, la respuesta a las tradiciones jurisprudenciales dominantes que forman el substrato común sobre el que se asienta el lenguaje de los juristas. Son capaces de leer las normas jurídicas, interpretándolas como reglas o como principios, quienes han aprendido a aplicarlas [*PR*, 135]. Esto es lo que hacen realmente los juristas que conocen "el derecho" y lo usan. Ellos se sitúan en el "interior" de tradiciones dogmáticas que constituyen una suerte de lenguaje no escrito del derecho. Estas tradiciones, en parte inmemoriales y, en parte, forjadas también por la dogmática autoridad de las instituciones competentes, proporcionan un sistema de reglas interpretativas implícitas a través de las cuales es (o debería ser) posible discriminar las interpretaciones que son jurídicamente "relevantes". Estos sistemas de reglas varían según las diferentes culturas jurídicas particulares y en cada sector específico del derecho, el derecho penal, internacional, etc. Además, evolucionan y se transforman [*PR*, 129]. No obstante, es claro que la mera existencia de estas normas consuetudinarias o su aceptación por razones pragmáticas en el seno de una comunidad determinada explica pero no justifica su uso. No resuelve la cuestión que nos

[17] Escribe Goldman: «*If the way legal requirements are stated does nor determine whether they are interpreted as genuine rules, then the issue becomes not descriptive, but the normative one of whether they have to be read that way.*[...] *The sometimes heated normative debate about how law should be interpreted itself indicates that there is no uniform answer to the normative question, once more bringing the normative question to the fore*»; *PR*, 128.

ocupa, pues no dice nada acerca de la validez de las tradiciones. No aclara si *debemos* leer las normas como reglas o como principios.

Diferente es la discusión sobre la posibilidad de reconstruir, en sus diferentes versiones, el *significado auténtico* de la norma en el caso o la *intención original* de su autor [cfr. *PR*, 123 ss.]. En la teoría jurídica reciente hay gran disputa sobre estas cuestiones, pero lo cierto es que *desde siempre* la dogmática viene ocupándose del alcance de nociones tales como la de *mens legis* o *legislatoris* y del problema de cómo hacer compatibles los diferentes criterios de interpretación literal, histórica o teleológica de los textos jurídicos. El debate adquiere una importancia especial cuando afecta al sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales. En este terreno cabe preguntarse si son o no son, o cuándo son y no son reglas, las normas que limitan la voluntad de las mayorías. Parece, por un lado, que la legitimidad democrática está condicionada por la "aplicación" de normas que tienen una estructura particularmente flexible; por otro lado, está claro que el reconocimiento de los márgenes de discrecionalidad en las decisiones de los órganos encargados de interpretar los límites constitucionales a la voluntad de las mayorías, suscita una natural inquietud. Lo que está claro es que, junto con las normas que establecen principios, cualquier sistema constitucional incluye una estructura institucional de poderes, más o menos compleja, con una esencial vocación de permanencia. Una estructura semejante sólo puede ser realizada a través del establecimiento de reglas. Argumentos análogos valen, salvando las distancias, cuando consideramos el significado de las normas infra-constitucionales y el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales, así como todas aquellas reglas que distribuyen competencias en materia de interpretación.

No voy a insistir en las dificultades hermenéuticas que aparecen cuando intentamos "recuperar" el significado auténtico de un texto o de un acontecimiento. Ya en un apartado anterior he querido aislar los problemas relativos a la reconstrucción del sentido de una norma, distinguiéndolos de los problemas que afectan a la identificación de su ámbito de aplicación. Simplificando bastante las cosas, y frente a la perspectiva de quienes insisten en la necesidad de fundar la normatividad de las normas en la búsqueda de la interpretación más correcta y coherente del sentido del derecho, creo que convendría *tomar en serio* las críticas que ponen de manifiesto el carácter en último término antidemocrático de la pretensión de *atarnos las manos* en el respeto de las decisiones pasadas (porque, ¿qué vincula a quién y hasta cuándo?) [*PR*, 125 ss.]. A pesar de que nos movemos en un terreno en el que no conviene refugiarse en soluciones esquemáticas, parece que la sacralización del sentido de las normas constitucionales no contribuye a reforzar las razones de nuestra adhesión a la constitución misma, y más bien fomenta la

incertidumbre, pues con facilidad se convierte en instrumento que encubre una utilización más arbitraria de los textos jurídicos.

Así pues, el intento por recuperar un punto de referencia objetivo para justificar, *caso por caso*, la aplicación de reglas y/o principios, tiene consecuencias indeseables. En efecto, nos obliga a suponer que la intención del legislador histórico alcanza al caso presente. Se trata –como es evidente– una suposición bastante improbable, que conlleva además una peligrosa fosilización de la voluntad o de la intención del autor de las normas. En todo caso, deja abierta la pregunta de por qué debemos atenernos hoy a normas que provienen del pasado. Por el contrario, si admitiéramos la posibilidad de llevar a cabo una "actualización creativa constante" de los textos legales, ¿qué sentido tendría entonces el reconocimiento de la positividad de las normas? Si fuera verdad que todo es libre interpretación en el caso concreto, ¿qué diferencia introduciría, respecto de la ponderación de razones particulares, la existencia de una norma jurídica de carácter general? Ante estas dificultades sólo cabe añadir –igual que antes– una pequeña observación: la justificación de las decisiones genera esta clase de dificultades hermenéuticas cuando nos fijamos en normas que son de carácter sustantivo. Las cosas no son tan oscuras, en cambio, cuando consideramos las normas que regulan poderes.

Las dificultades hermenéuticas que se presentan en la aplicación de normas generales a casos específicos pueden ser tratadas también siguiendo una estrategia diferente. Ésta es la opción de quienes piensan que es preciso entender el derecho como un conjunto de enunciados que expresan reglas suficientemente claras, al menos en la generalidad de los casos[18]. Esta opción, que podríamos definir como "formalista", sobreentiende una tesis abiertamente prescriptiva según la cual se dice que los intérpretes del derecho *deben* atenerse al sentido "natural" de las normas y que todo margen de discreción interpretativa *debe* estar limitado por la letra de la ley. Goldman discute las razones que, en el plano normativo, avalan esta opción y que se resumen en la tesis de que la consideración de los enunciados como reglas expresa el mejor compromiso posible entre estabilidad social y percepción de justicia en el caso particular [*PR*, 138 ss.]. Siguiendo a Scalia[19], el primer argumento en favor de la solución formalista es que las decisiones basadas en reglas producen una mayor apariencia de justicia y, por tanto, un mayor grado de satisfacción en las partes. En segundo lugar, se dice que las reglas producen un mayor grado de predictibilidad en las decisiones y eso refuerza

[18] Cfr. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.

[19] La referencia de Goldman es a A. Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, pp. 1175-88.

la eficiencia del sistema. El tercer argumento tiene que ver con la discrecionalidad en la interpretación del derecho: las reglas ponen limites al poder de los jueces y, de ese modo, disminuyen los posibles errores en su actuación. El último argumento es que sólo la firmeza de las reglas es capaz de avalar la acción contra-mayoritaria de los jueces en la defensa de derechos y libertades fundamentales. Puede que estos argumentos de Scalia no sean los únicos ni tampoco los mejores para explicar por qué a veces preferimos la firmeza de las reglas claras a la inestabilidad interpretativa de los principios. De todos modos, sí me parece interesante la objeción de Goldman cuando observa que ninguno de estos cuatro argumentos es realmente definitivo, puesto que todos dependen de simples generalizaciones de la experiencia que podrán ser desmentidas en cualquier momento por los hechos. No hay ninguna prueba definitiva de que el respeto de la forma se traduzca necesariamente en un incremento de la satisfacción, la eficacia, o el prestigio de los jueces. Por eso, se puede decir que los argumentos de Scalia son siempre reversibles y dejan de valer en el momento en que las circunstancias concretas indican que otra estrategia distinta a la de las reglas va a ser más provechosa para alcanzar los fines de estabilidad social que se persiguen.

Volvemos así a la tesis general del trabajo de Goldman. Las razones que avalan la imposición de reglas en la argumentación jurídica son las mismas que justifican la presencia de reglas en la argumentación moral y ésas son también las razones que justifican por qué, a veces, tratamos las normas como reglas y excluimos las razones particulares del caso. «*My normative conclusion to this point* –escribe– *is that, on balance, support for a general policy of writing and reading law as genuine rules is hard to come by. Nevertheless, we have noted that the law does and should contain some genuine rules*» [*PR*, 145]. Éste último es el punto decisivo que me interesa retener, incluso aunque Goldman se esfuerce por limitar al máximo su alcance y sus implicaciones. En efecto, poco más abajo añade: «*In the context of justified rules, judges must think in terms of cumulative effects, of all judges acting in the same way, when thinking of making exceptions. None of these justified legal rules could be effective, however, without a more fundamental but unwritten rule operating as background. This is the most basic requirement that judges defer to legal standards even when their personal morality opposes the legally right outcome of a case*»[20] [*PR*, 147].

[20] Prosigue Goldman: «*For all these reasons, even if the exercise of direct moral judgment by judges would not result directly in moral errors more often than not, the total effects of allowing such judgment would be most unwelcome, undermining the entire legal system and the democratic form of government. Hence there must be a rule requiring deferral to law*» [*PR*, 148].

VII. Valores formales y materiales en la aplicación de normas

Toda reconstrucción de las razones que respaldan las prácticas jurídicas implica una particular explicación de la estructura normativa del derecho. Así sucedía en las teorías de Hart y de Dworkin, y también en el caso que estamos considerando aquí. En adelante, mi propósito es discutir la idea de derecho que se deriva de las propuestas de Goldman y lo haré sin alejarme demasiado del material analítico que se maneja en *Practical Rules*.
Resumiendo mucho, la tesis fundamental consiste en decir que hay razones suficientes que avalan una regla general de obediencia al derecho, una regla que prescribe seguir las normas que se identifican como jurídicas. Estas razones aparecen en contextos específicos en los que existen problemas relevantes de coordinación social. En los demás casos, es decir, cuando no se dan esos problemas de coordinación, no estaría justificada en general la adopción de reglas y, por tanto, tampoco la imposición de reglas jurídicas.

No hay duda de que una posición como ésta tiene cierto interés aunque no sea más que porque en ella se defiende un (último) reducto para las reglas en el derecho. Eso supone rechazar las hipótesis de partida del particularismo, así como los posibles intentos de compromiso con el particularismo (podríamos referirnos aquí a posiciones como las del "*presumptive positivism*" de Schauer y Postema). No obstante, tengo la impresión de que un planteamiento como el de Goldman resulta ser todavía *demasiado flexible* a las exigencias de justicia del caso concreto y renuncia *demasiado pronto* al ideal de generalidad que ha acompañado el proyecto jurídico de la modernidad. Como hemos visto, Goldman afirma que en derecho puede haber reglas y que, con seguridad, cualquier sistema jurídico incluye al menos una regla básica; pero indica también que de su argumento sólo alcanza a la justificación de una «*fundamental but unwritten rule operating as background*» y no se traduce en un sistema más amplio de instituciones y de prácticas basadas en la existencia de reglas. A él le parece suficiente justificar la regla que prescribe el deber de razonar sobre la base de analogías y diferencias relevantes, esto es, el deber de no utilizar razones discriminatorias. Pues bien, me gustaría demostrar que este planteamiento no es adecuado, porque creo que las razones para establecer reglas –reglas en sentido fuerte– son más frecuentes y tienen una extensión mayor de lo que Goldman dice. Para llegar a esta conclusión me fijaré de manera prioritaria en uno de los elementos que considero más importantes para la comprensión de cómo funciona el derecho de un Estado de derecho. Asumiré a partir de aquí la tesis de que el derecho es, ante todo, un conjunto de normas que tiene como contenido específico la regulación del poder legítimo. No tengo empacho en admitir que mis argumentos remiten en último término a un juicio normativo sobre cuál *debe ser* la función del derecho en el marco de la sociedad contemporánea.

Corresponde dar un salto hacia atrás y reconsiderar con detenimiento –otra vez con Goldman– las razones que justifican la presencia de reglas en el razonamiento práctico. El punto de partida está en la idea de la excepcionalidad del razonamiento basado reglas. La decisión de atenerse a reglas en un tiempo futuro demanda siempre alguna justificación, pues parece que siempre un sujeto libre preferirá encontrarse siempre en una situación en la que pueda poner en marcha la totalidad de sus facultades cognitivas y reflexivas, siendo libre para considerar la totalidad de las razones relevantes en el caso. Frente a esta posibilidad, la decisión de atenerse a reglas deberá ser considerada siempre como una solución menos que óptima, que sólo estaremos dispuestos a elegir en caso de que pensemos que de hecho no está a nuestro alcance ejercer de forma autónoma nuestras facultades racionales [*PR*, 32 ss.].

Ya hemos visto cuáles son las situaciones típicas en las que puede llegar a prevalecer esta estrategia sub-óptima. Son situaciones en las que existen limitaciones epistémicas relevantes o bien, en un terreno distinto, situaciones en las que se da una alta probabilidad de que los agentes no tengan la suficiente firmeza para actuar de la manera más racional. La falta de tiempo o de recursos para obtener información es un ejemplo de lo primero; la desconfianza en la integridad de los jueces o la sospecha de su incapacidad para lograr eficiencia y predictibilidad en las decisiones, son ejemplos de lo segundo. La idea de Goldman a este respecto –y hasta aquí podemos suscribir sus observaciones– es que ninguno de estos argumentos es definitivo, que ninguno es suficiente para justificar una indiscriminada aceptación de la presencia de reglas. La generalidad en la aplicación de las normas estará justificada, por ejemplo, si lográramos demostrar que el legislador dispone de mejor información y de mayor capacidad que los jueces. Esto puede ser cierto *siempre*, y en ese caso no hay duda de que es conveniente establecer reglas, o tan sólo *en la generalidad de los casos*. De ser así, la relativa mayor fiabilidad epistémica de legislador no proporciona razones suficientes para establecer una "auténtica" regla. Será, por el contrario, una norma derrotable, esto es, una norma que admite un número indefinido de excepciones.

Desde esta perspectiva creo que es posible encarar con provecho una cuestión clásica en la que siguen encallando muchos debates sobre la relación entre valores sustantivos y valores formales en las prácticas de aplicación del derecho. Se discute sobre si, y cuándo, los valores de la generalidad ceden ante los valores sustantivos del caso particular, porque no hay "caso difícil" que no reproduzca la tensión entre igualdad de trato y justicia material. Encontramos, al menos, las siguientes opciones.

La primera consiste en afirmar que el dilema entre justicia formal y material debe ser resuelto por medio de un juicio acerca de la prioridad o jerarquía entre ambas, esto es, apelando a una nueva norma (ahora una meta-norma) que resuelva el caso. La norma de segundo orden puede tener, a su vez, un mayor o menor grado de generalidad. Se puede imaginar que podamos alcanzar incluso una ordenación de valores definitiva en la cual lo formal y lo sustantivo dejen de estar en conflicto. No faltan autores que piensan que ésta sería la "auténtica" tarea de una filosofía del derecho normativa. No obstante, creo que aunque lográramos este propósito no habríamos resuelto aún la tensión entre lo formal y lo material en el derecho, porque nos veríamos obligados a desarrollar todavía alguna clase de teoría complementaria que ilustrara la aplicación "correcta" de los principios en los casos particulares[21]. Es en este último terreno donde creo que no conviene que nos hagamos demasiadas ilusiones sobre la posibilidad de eludir la trampa del particularismo. El (supuesto) equilibrio entre valores formales y materiales amenaza con venirse abajo en el momento en que reconocemos que existen situaciones nuevas que generan razones *análogas pero diferentes* a las que habían sido tomadas en consideración con anterioridad y que *a pesar de la analogía* imponen el reconocimiento de excepciones. La cuestión no es tan abstracta como puede parecer. En esta situación se ven envueltos quienes pretenden atribuir una prioridad de carácter sustantivo a los derechos fundamentales dentro de la estructura normativa del Estado de derecho, afirmando que *por su contenido material* los derechos prevalecen *siempre* sobre las restantes normas del ordenamiento. O la situación de quienes atribuyen un valor epistémico privilegiado a los resultados del proceso democrático, entendiendo que este último no es sino un sucedáneo, políticamente viable, de la deliberación moral.

Una segunda posibilidad consiste en afirmar que las virtudes de consistencia, eficiencia y predictibilidad de las decisiones jurídicas, que suelen ser utilizadas como fundamento de la generalidad de las reglas, resultan valiosas en la medida en que son instrumentos para la realización de otros fines. Aquí no necesitamos apostar por la existencia de una auténtica jerarquía de valores, pero afirmamos que en el conflicto entre la generalidad de reglas, por un lado, y las exigencias de justicia en el caso particular, por otro, *es preferible* mantener la generalidad porque sólo de esta manera podremos realizar los valores que hacen del derecho un instrumento valioso[22].

---

[21] Ésta es la función que J. Rawls atribuye a la "idea" de razón pública (cfr., por ejemplo, *Justice as Fairness. A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.); London, 2001, apdo. 26.1) y el problema que aborda J. Habermas en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, cap. 5.

[22] L. Fuller, *The morality of law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

El defecto de esta opción es que, como ya hemos dicho, las máximas de la experiencia son siempre normas dispensables.

Sólo veo una tercera estrategia alternativa para salvar la autonomía de los valores formales de las reglas frente a las razones particulares del caso. Es la que consiste en identificar ciertas situaciones en las que puede resultar provechoso vincular la conducta futura al seguimiento de reglas. Me refiero –siguiendo una vez más la intuición de Goldman– a determinados contextos en los que sabemos con certeza que resultará imposible alcanzar óptimos de coordinación social. En estos casos, el "valor añadido" del seguimiento de reglas no depende (según lo que acabamos de ver) de ninguna clase de prioridad de valores de la justicia formal sobre los de la justicia material, ni de la prioridad de ciertas condiciones instrumentales para la consecución de fines más altos, sino de la imposibilidad de encontrar estrategias mejores para la solución de determinados problemas de acción. Me refiero, por supuesto, a las situaciones típicas de dilema del prisionero en las que los agentes descubren que necesitan alguna clase de estrategia que les permita eludir los «*cumulative effects of individually rational or justified actions*». Efectos perversos que se producen cuando «*individually prudent decisions become collectively imprudent*» o cuando «*individually morally correct decisions results cumulatively in morally unoptimal or unacceptable outcomes*» [*PR*, 43].

Sé bien que esta última solución no evita la objeción más grave, pues ningún argumento fácil soluciona los graves problemas de motivación de la conducta de los agentes en los casos de dilema del prisionero. Seguimos sin saber cómo convencer al *free-rider* para que se atenga a las reglas. El problema es que el *free-rider* sabe que ninguno de los participantes en el juego tiene certeza de cuáles serán las consecuencias de la decisión de atenerse o de incumplir las reglas. Por eso, él mismo tiene razones para creer que, dependiendo de cuál sea la conducta de los demás, el incumplimiento le puede producir mayores beneficios que la aceptación. En esta situación, el compromiso de cumplir implica una renuncia (que difícilmente puede ser justificada en términos estrictamente racionales) a la capacidad de calcular racionalmente, caso por caso, la estrategia de acción más racional. En este sentido, no nos queda más remedio que admitir que la aceptación de reglas nos convierte en seres *un poco menos que racionales*. Lo único que se puede intentar responder al preferidor impenitente y un poco compulsivo es que, *al menos bajo determinadas condiciones*, incluso a él le podría "interesar" aceptar ciertos compromisos.

VIII. Problemas de racionalidad y soluciones jurídicas

Llegados a este punto, de nuevo nos vemos obligados a dar un salto hacia atrás y tomar en consideración cuestiones más fundamentales que están en el origen de nuestra comprensión de las prácticas jurídicas. Imaginemos –con Goldman– el sencillo pero dramático caso de un juez que tenga que resolver una demanda en la que un poderoso banco, que seguramente no tiene problema financiero alguno, reclama una deuda formalmente legítima a una persona que no paga porque necesita emplear ese dinero –por ejemplo– para comer. Por muy banal que sea el caso a nadie se le oculta que el entramado de razones que intervienen en la decisión puede llegar a ser de una complejidad extrema. Una reconstrucción bastante plausible del razonamiento de un juez prudente sería más o menos la siguiente: dado que ninguna de las razones en conflicto tiene de antemano una prioridad absoluta sobre las restantes, ni siquiera el deber de atenerse a la letra de la ley, la argumentación más adecuada es aquella que consiste en ponderar el peso relativo de todas las razones en conflicto, considerando la posibilidad de generalizar la máxima que guía las soluciones alternativas. Esta operación le llevará, entre otras cosas, a considerar la posibilidad de que todos los demás jueces incluyeran el estado de necesidad de los deudores como excepción a la regla que prescribe –supongamos– la obligación de pagar las deudas contraídas con los bancos, especialmente si son poderosos, quebrando la regla general que prescribe pagar. Podemos imaginar que ese juez prudente acabará formulando la idea de que tiene que existir un umbral a partir del cual las consecuencias sociales negativas del incumplimiento por su parte y por parte de todos los demás jueces (o por parte de aquellos que él estime que se mostrarían sensibles a las razones del pobre) superan los beneficios (también estimados) que derivan de la consideración de las circunstancias particulares del caso. A partir de ese umbral podrá decir que es racional atenerse a la letra de la ley.

Podemos imaginar que, a pesar de la complejidad, en un supuesto como éste los jueces y las demás personas que intervienen en la práctica social del derecho pueden alcanzar un consenso suficientemente amplio sobre un catálogo de circunstancias (de excepciones) que justifican el incumplimiento de la regla. Es, por tanto, un caso en el que la coordinación (más o menos espontánea) de los diferentes actores no parece imposible. Sin embargo, no es éste el tipo de acuerdo que estamos buscando, pues sabemos que las situaciones normales de coordinación no dan lugar a auténticas reglas, como pretendemos que sean las reglas jurídicas (o, al menos, algunas de ellas reglas) sino a simples máximas que informan de cuándo es beneficioso, en función de nuestra experiencia pasada y nuestro conocimiento de la situación presente, cooperar con los demás. El problema es que no hay motivo

para excluir lógicamente la aparición de nuevas excepciones. Lo que necesitamos, en cambio, es un acuerdo sobre la inderogabilidad de algunas normas, normas que *tienen que valer* incluso a pesar de la aparición de razones nuevas. Creo que se puede afirmar que, al cabo de un proceso de evolución histórica que no viene aquí al caso, el derecho ha acabado asumiendo esta función en el mundo contemporáneo. Hoy de hecho, en infinidad de ocasiones la autoridad del derecho se explica precisamente por la ausencia de un acuerdo suficientemente amplio sobre el correcto balance de razones en el que se sitúa el umbral de la cooperación, o por el hecho de que ese umbral se demuestra variable o simplemente no existe[23]. La racionalidad de la adopción de reglas está en algún sentido relacionada con la imposibilidad de determinar un umbral a partir del cual comienza a ser racional establecer otras formas de cooperación con los demás. Se tiene la certeza de que, en ausencia de reglas, determinados conflictos tienden irremediablemente a degenerar.

Como es de sobra conocido, en los casos de dilema del prisionero la cooperación espontánea entre agentes racionales no es posible, de manera que la introducción de reglas es el único remedio para alcanzar resultados menos que malos. Pero no es fácil convencer a cada uno de los agentes implicados en el juego a que renuncien a buscar las soluciones que les pueden resultar individualmente más beneficiosas, incumpliendo las reglas si es el caso. Sabemos, por lo demás, que el juego de las reglas sólo prospera cuando todos los participantes cumplen. En cambio, cuando todos cumplen menos uno, todos menos uno pierden. Por eso se comprende que la mayoría de los ciudadanos cumplidores busque argumentos que puedan llegar a convencer al *free-rider*. Intentarán apelar a valores compartidos, e incluso a un cierto sentido de solidaridad. Pueden amenazarle con sanciones, para evitar que incumpla (ésta era la estrategia hobbesiana, sobre la que añadiré algo más

[23] Además del caso de la incertidumbre hay al menos otros dos casos en los que una situación de cooperación se transforma y da lugar a una situación de dilema del prisionero: son los casos en los que la cooperación se bloquea a causa de *a)* la existencia de preferencias innegociables como son, por ejemplo, las que derivan de imperativos éticos categóricos; *b)* la incapacidad negociadora o la presencia de obstáculos que pongan límites al intercambio de razones. En relación con el derecho creo que podemos dejar de lado estos dos casos. En relación con el primero se puede argumentar en que una sociedad pluralista y tolerante las preferencias innegociables son muy pocas y seguramente no tienen cabida en el ámbito de la discusión pública. Suponiendo que realmente sea "derecho", un derecho de fanáticos responde a una estructura diferente a la que estoy describiendo en estas páginas. Respecto del segundo diría que la estructura de la argumentación práctica supone, por hipótesis, cierta igualdad en las capacidades de los sujetos. Los obstáculos externos que distorsionen la igualdad originaria deberán ser adecuadamente compensadas a través de políticas orientadas a compesar toda desigualdad no merecida.

adelante) o pueden intentar explicarle que *en el fondo* hasta el más egoísta, anárquico y desalmado *free-rider* puede llegar a "entender" las ventajas de atenerse a reglas, "poniendo entre paréntesis" su capacidad para escoger lo que le resulta individualmente más beneficioso en cada circunstancia particular. En algunos casos, y sólo en esos, incluso el incumplidor con menos escrúpulos debería llegar a convencerse de que las cosas le irían mejor si, en lugar de dedicarse a pensar cómo sacar provecho, cumpliera las reglas.

El lector comprenderá que no me aventure en el análisis de los muy diversos problemas que genera la cooperación social en situaciones de incertidumbre. Me interesa tan solo mencionarlos para apoyar algunos argumentos que si no justifican, sí al menos pueden estar relacionados con una explicación plausible de esa preferencia por las reglas que haberse difundido en el mundo contemporáneo y a la que hacía referencia desde el comienzo. En principio, todos entendemos que el derecho es un instrumento útil para reforzar la cohesión social y la cooperación entre los ciudadanos. Esto es así porque, por un lado, las reglas del derecho simplifican notablemente el problema práctico del descubrimiento de un umbral a partir del cual la cooperación se vuelve racional. De la mera existencia de un derecho eficaz es posible inferir cierta capacidad del legislador para establecer términos generalmente aceptables de convivencia. Por otro lado, en segundo lugar, porque el sistema jurídico refuerza la inclinación de los agentes a cooperar en situaciones próximas al umbral, configurando un sistema extremadamente complejo, pero institucionalizado, de sanciones positivas y negativas. En condiciones normales, esto parece ser suficiente para orientar la acción de los ciudadanos, incluso aunque todos sean conscientes de que ningún derecho es capaz de doblegar completamente la astucia del incumplidor que busque aprovecharse. Y no faltan razones que pueden justificar la creencia en la estabilidad del sistema. En efecto, más allá del refuerzo en el cumplimiento que deriva de la existencia de un sistema coactivo institucionalizado, puede haber otras razones añadidas para persuadir al *free-rider* de que, incluso para él, la firmeza de las reglas puede llegar a ser preferible a la incertidumbre del estado de naturaleza.

Habría, al menos, tres posibles estrategias argumentales [*PR*, cap. 2]. La primera es aquella que consiste en mostrarle que no debería dejarse arrastrar por deseos *especialmente* irracionales y que, de hecho, casi nadie lo haría; la segunda consiste en intentar convencerle que en ocasiones, incluso para él, puede ser interesante optimizar preferencias a largo plazo y que, para ello, no le queda más remedio que establecer y cumplir reglas; la tercera consiste en demostrar que es la prudencia misma la que aconseja seguir reglas morales. Por supuesto, cada una de estas tres líneas argumentales está basada en postulados diferentes, más o menos densos desde el punto de vista

moral. Sólo la primera de las tres estrategias ofrece, en opinión de Goldman, resultados fiables y aún así –como veremos enseguida– sólo en un caso muy especial. De lo que se trata aquí es de explicar cómo es posible que un agente racional pueda llegar a estar suficientemente motivado para sustituir la satisfacción de un deseo actual en virtud de la eventual obtención de un bien futuro, que es el protegido por la regla. Se puede explicar esta conducta atribuyendo un valor simbólico al mero hecho del cumplimiento de reglas o a la posibilidad de que el agente llegue a convencerse a sí mismo de la utilidad de seguir reglas[24]. Éste sería el caso de un buen ciudadano que haya interiorizado plenamente, por las razones que sean, el valor del respeto por la ley. Sin embargo, parece que en situaciones normales la estabilidad del sistema jurídico no requiere un "fundamento" tan fuerte. Suele ser suficiente que de hecho se dé (y que los ciudadanos sepan que se da) una "actitud" generalizada que predispone a la coordinación de las preferencias individuales a través del tiempo. Para explicar esta actitud no hace falta suponer grandes compromisos morales. Es suficiente comprobar que la mayoría de ellos se comportan de una manera determinada, no tanto porque puedan ser realmente virtuosos, cuanto porque se muestran en disposición de mantener a través del tiempo una conducta "resuelta"[25]. Está claro que una explicación semejante acabará fracasando en circunstancias excepcionales, por ejemplo, en aquellas que exciten con especial intensidad nuestro sentido de justicia. En ellas, decidiremos cumplir o incumplir las reglas por razones moralmente más densas. Aunque podemos pensar que el auténtico *free-rider* carecerá de este sentido y, por tanto, incluso en esas circunstancias extremas no estará dispuesto a orientar su conducta hacia el cumplimiento de reglas.

La hipótesis por la que quisiera apostar aquí consiste en observar que la ceguera moral del *free-rider* puede tener límites no estrictamente morales, más allá de los cuales el riesgo del incumplimiento incluso para él puede resultar insostenible. Y si el riesgo es percibido como insostenible, el coste de la aceptación de las reglas se volverá más tolerable. La idea es que, exceptuando quizá sólo al más suicida de los *free-riders*, toda persona que esté dotada de cierto instinto de supervivencia puede empezar a considerar la posibilidad de *atarse las manos* en el momento en que compruebe que sus preferencias actuales responden a tendencias que ella misma está dis-

[24] Cfr. J. Elster, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997; y R. Nozick, *La naturaleza de la racionalidad*, Paidos, Barcelona, 1995.

[25] Cfr. McClennen, "Pragmatic rationality and rules", en Philosophy-and-Public-Affairs, vol. 26, núm. 3, 1997, pp. 210-258; en referencia a A. Sen, "Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory", en *Philosophy and Public Affairs*, 6/1977.

puesta a reconocer como patológicas o a deseos que puede reconocer como de naturaleza adictiva. Este juicio implica la posibilidad del compromiso para aceptación de reglas, vinculando la conducta futura por medio de una decisión presente. Creo que este argumento –de ser cierto– puede ser muy útil para entender la emergencia histórica del nexo entre derecho y poder y, en particular, el reconocimiento de la presencia de reglas en el derecho. La hipótesis es que el ejercicio del poder es uno de esos casos que genera tendencias adictivas y temor, como nos enseñaron algunos clásicos del liberalismo y, en particular, Thomas Hobbes. Establecemos reglas que limitan poderes porque consideramos –por supuesto, en virtud de un juicio normativo– que el ejercicio del poder tiene un riesgo ilimitado. Es la experiencia de la potencial maldad del poder la que nos empuja a establecer reglas, la que nos aconseja refugiarnos en el derecho como sistema de reglas que limitan poderes. Y se supone que esta valoración la debería entender también –aunque la demostración de esto no es tan sencilla– el más osado *free-rider*.

Veamos si, además de estos, hay otros argumentos que contribuyen a hacer algo más plausible esta última conclusión, incluso aunque no sean definitivos desde el punto de vista de una teoría de la acción racional. Comprendo que el argumento del temor a la violencia y la incontenible maldad del poder puede no ser suficiente para demostrar que existe un deber de filtrar todas nuestras preferencias a la luz de la razón. Estrategias de *satisfacción* de preferencias, en las que elegimos menos que lo máximo en función de un conocimiento ampliado de nuestros intereses o en función de la estimación presente de nuestras preferencias futuras, siguen coexistiendo con estrategias de acción orientadas a la *optimización* de preferencias. Por lo que respecta a la posible existencia de una regla prudencial que nos obliga a ser morales, tampoco parece que haya razones definitivas que la avalen o, más bien, razones que no impliquen otras premisas más densas de orden normativo. Esto es lo que sucede –en opinión de Goldman– tanto en la versión hobbesiana (en particular, en su respuesta al irresponsable "*fool*" que se empeña en no reconocer el pacto[26]), como en la humeana, que apela a la razonabilidad de pasiones templadas y, por supuesto, en la versión kantiana, que en último término se refugia en el *hecho* de la racionalidad humana. No obstante, y puesto que Goldman no lo hace, considero que puede ser provechoso situar estos argumentos en el contexto específico en el que aquí nos movemos. Me refiero al contexto de análisis de una forma histórica específica del derecho que, en el marco de una sociedad compleja, ha ido asumiendo la función de regulación y limitación del uso de la fuerza. La idea

[26] Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 15.

es que, *dadas determinadas condiciones históricas*, el establecimiento de reglas ha llegado a convertirse en el último recurso frente a la multiplicación de los "poderes salvajes"[27], en el último recurso frente al pánico, al terror, a la aversión ciega que nos invade cuando abrimos los ojos y contemplamos el grado de destructividad que ha alcanzado en nuestro tiempo el poder, así como los riesgos inhumanos y los incalculables males con que nos amenaza. No se me ocurre intentar convencer al *free-rider* apelando a su conciencia, intentando que se vuelva un poco virtuoso. Me limito a suponer que hasta el más astuto de ellos, al darse cuenta que habita en un mundo en el que ya no va a poder sentirse *del todo* a salvo, empezará a sentir miedo.

IX. Poderes salvajes y reglas

Sé bien que el impreciso argumento que acabo de presentar está lleno de dificultades. Algunas de ellas son el legado de sus torpes orígenes hobbesianos y, por supuesto, no es éste el lugar para intentar resolverlas. Me basta añadir una pequeña observación sobre el que quizá sea el punto más discutido en la interpretación de la teoría política de Hobbes y que afecta directamente a la relación –que aquí he intentado establecer– entre racionalidad, reglas y poderes. Una lógica del todo o nada, como la lógica del pacto hobbesiano, implica una renuncia incondicional del individuo no sólo a sus derechos naturales, sino también a su capacidad de juicio sobre la conducta del soberano[28]. La adopción de la regla que impone esta renuncia incondicional es considerada por Hobbes como la única estrategia de acción capaz de desactivar la amenaza del mal radical. Es cierto que en algunos pasajes cruciales de su obra Hobbes se ocupa de cómo reaparece el derecho de resistencia en los casos en los que está en juego la supervivencia y se produce –de hecho– una regresión al estado de naturaleza. Sin embargo, lo cierto es que sus críticos nunca encontraron demasiadas dificultades para denunciar la irracionalidad de una cesión tan absoluta como ésta[29]. Una renuncia *de esa naturaleza* no será compensada nunca por la expectativa de algún beneficio futuro. Frente a Hobbes, Locke reivindicaba por ejemplo el carácter condicional, vinculado al respeto de los derechos naturales, del pacto en que se funda el poder del soberano. Pero el giro lockeano –como se ha dicho muchas veces– tiene el problema de que se resuelve bien en una regresión al infinito (pues, ¿dónde está la autoridad capaz de juzgar si el so-

[27] Tomo la expresión de L. Ferrajoli, "Garantismo e poteri selvaggi", en *Teoria Politica*, XIV, núm. 3, 1998, pp. 11-24.

[28] Cfr. Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 17 y 18.

[29] Véase el pormenorizado análisis de J. Hampton, *Social Contract and the Social Contract Tradition*, Cambridge Univ. Press, 1986.

berano cumple realmente las condiciones del pacto?), bien en una dogmática apelación a los cielos[30].

¿Qué es lo que podemos añadir a esto, sobre la base de las anteriores observaciones sobre la racionalidad de las reglas? La finalidad del pacto hobbesiano era la construcción de un poder artificial único que ofrezca una alternativa definitiva a la pluralidad de poderes "sin ley" que se dan en el estado de naturaleza. Nosotros nos enfrentamos en nuestros días a un problema análogo, en la medida en que estamos asediados por una pluralidad de poderes "salvajes" y cada vez más fuertes. Hobbes apelaba a la racionalidad del poder surgido del pacto. Nosotros, en cambio, después de una experiencia histórica llena de horror, hemos aprendido que el poder salvaje se genera y se ejerce *también* desde el interior de ese monstruoso ente artificial que hemos construido como remedio contra la crueldad natural. Por eso ya no podemos volver sin más a Hobbes. El soberano de Hobbes era un soberano único, o no era. Nosotros hemos descubierto que es necesario construir un entramado de normas y reglas que sigue siendo único (porque –por supuesto– el orden artificial de normas sigue siendo "soberano"), pero que en su estructura contiene *ya desde el origen* un principio de automático control, como es el de la fragmentación y equilibrio de poderes. Y es que algunos liberales nos han enseñado que sólo el poder es capaz de poner freno al poder. Esta lección ha tenido una importancia histórica incalculable, que quizá no hemos sido capaces de asimilar aún del todo, pero no afecta a la cuestión principal que pretendía tratar en estas páginas: no disponemos de ningún instrumento mejor que las reglas para poner freno al poder, porque son las reglas las que determinan en cada caso a quien le corresponde tener la última palabra.

[30] Cfr. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, parágrafos 20 y 168.

LAS COMUNIDADES PRIMARIAS Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Rubén Ortega Cotarelo
(Centro Universitario ESTEMA, Valencia)

Libertad y comunidad

Desde los años setenta la reflexión filosófico-política ha recuperado un papel de relevancia en el ámbito académico saliendo así de la marginalidad a la que había sido relegada durante años. Esta recuperación ha sido favorecida por la conocida controversia entre liberales y comunitaristas cuyas propuestas, réplicas y contrapropuestas han contribuido enormemente al enriquecimiento de los debates contemporáneos de filosofía política.

Sin duda, uno de los asuntos de mayor fricción entre ambas tradiciones ha sido la discusión sobre el lugar que debe otorgarse a la libertad de los individuos y el papel que la comunidad está llamada a desempeñar en las vidas de los ciudadanos.

Precisamente, la última obra de MacIntyre, *Dependent Rational Animals*[1], trata este asunto desde una perspectiva distinta a la que suele ser habitual aportándonos sugerencias valiosas desde la antropología filosófica.

Aunque desde hace años Alasdair MacIntyre es conocido como un agudo crítico del liberalismo, considero que es incorrecto etiquetarlo como "comunitarista" a menos que se entienda que todo pensador crítico con el liberalismo es, por defecto, un pensador comunitarista.

Ciertamente su pensamiento presenta amplios puntos de conexión con esta corriente y una coincidencia manifiesta con sus críticas al liberalismo. Incluso algunos autores comunitaristas reconocen la influencia de MacIntyre en sus ideas. Pero creo que su aportación al debate político actual trasciende estas categorizaciones debido a que parte de un contexto de discusión filosóficamente más primario en el cual tienen incidencia decisiva las reflexiones

[1] MACINTYRE, A.: *Dependent Rational Animals*, London, Duckworth, 1999 (*Animales racionales y dependientes*, Barcelona, Paidós, 2001, trad. Martínez de Murguía, Beatriz).

epistemológicas y éticas. Como trataré de mostrar posteriormente, lo que separa a MacIntyre de los liberales es tanto como lo que le separa de los comunitaristas, llegando a coincidir con los pensadores liberales en muchas de sus conclusiones aunque generalmente a partir de una argumentación y desde unos presupuestos muy diferentes.

MacIntyre es ampliamente reconocido como uno de los más importantes filósofos actuales de habla inglesa. Su trayectoria académica se ha desarrollado casi íntegramente en los Estados Unidos, donde ha participado en la mayoría de las disputas filosóficas del ámbito anglosajón.

Desde comienzos de los ochenta, ha publicado tres libros fundamentales de filosofía moral y política: *Tras la virtud, Justicia y racionalidad, Tres versiones rivales de la ética,* junto con numerosos y polémicos artículos. Tomados en su conjunto, constituyen un ambicioso intento de criticar las enfermedades de la modernidad, incluyendo la filosofía moral y política.

Tras la virtud, publicado en 1981[2], sorprendió al mundo filosófico por el diagnóstico crítico hacia la moralidad moderna en general; en concreto, su crítica a lo que él llamó "el proyecto ilustrado". Esta obra comenzaba con una sugerencia inquietante; la moralidad de la modernidad está en un estado de grave desorden. Pero lo relevante es que carecemos de recursos para reconocer la amplia extensión de ese caos y para desenredarnos de él. Los desacuerdos contemporáneos sobre la justicia de las guerras, la aceptabilidad del aborto, los límites de la libertad o de nuestros pretendidos derechos no son sino ejemplos de conflictos sociales que nos parecen irresolubles.

El problema que se destacaba no es tanto el hecho de que seamos incapaces de ponernos de acuerdo sobre estos temas sino el hecho de que ni siquiera estamos de acuerdo en *los criterios* que debe cumplir una respuesta satisfactoria a estos desacuerdos. *Tras la virtud* es la historia de cómo vinimos a caer en este paradójico estado, cómo todavía continuamos engañados, y cómo podemos superarlo.

En *Justicia y racionalidad*[3] se realizaba un repaso histórico de algunas de las tradiciones de pensamiento moral y político más significativas con el fin de mostrar un camino racional para solucionar las interminables disputas que caracterizan a nuestras sociedades. La principal aportación es la idea -contraria al sentir dominante- de que no hay ninguna justicia en sí; ningún juicio sobre la justicia que no haga referencia a un modelo de

[2] MACINTYRE, A.: *After Virtue,* University of Notre Dame Press., (Indiana, USA), 1984 (*Tras la virtud,* Barcelona, Crítica, 1987, trad. Valcárcel, Amelia).

[3] MACINTYRE, A.: *Whose Justice? Which Rationality,* London, Duckworth, 1988 (*Justicia y racionalidad*, Barcelona, EIUNSA, 1994, trad. Sisón Alejo, G.).

racionalidad práctica. Y, del mismo modo, tampoco puede existir ningún modelo de racionalidad práctica que no se encuentre inserto en el seno de una tradición. La racionalidad práctica se desarrolla siempre dentro de una concreta y específica tradición política; es en el interior de las tradiciones donde se producen los conflictos y se proponen las revisiones que permiten el progreso racional.

En escritos posteriores ha profundizado en estas ideas tratando de mostrar que la existencia de inconmensurabilidad entre sistemas teóricos opuestos, puede, sin embargo, ser compatible con el debate racional. Además, ese debate puede ser el prólogo del tipo de debate en el cual alguna posición puede evidenciarse como racionalmente superior[4].

Los recientes trabajos de MacIntyre mantienen la dimensión crítica y el profundo desencanto con la modernidad y con el proyecto ilustrado que la fundamenta. Sin embargo, sus controvertidas propuestas introducen una apuesta por la racionalidad de los debates políticos y por el pluralismo social a partir de la tradición aristotélico-tomista en la que se sitúa.

El hombre como ser "endeudado"

Las dos preguntas fundamentales que se abordan en *Dependent Rational Animals* última obra de MacIntyre, son: ¿por qué es importante estudiar y entender lo que el ser humano tiene en común con miembros de otras especies humanas inteligentes? y ¿por qué es importante que los filósofos de la moral estudien la vulnerabilidad y la discapacidad humanas?

Resolver estos interrogantes adecuadamente resulta de importancia esencial. Ninguno de ellos ha recibido especial atención por parte de la filosofía moral y política. De hecho, en esta obra el propio autor ha corregido algunas de sus investigaciones anteriores, en concreto, asume que estaba equivocado al suponer que era posible justificar una ética independientemente de las enseñanzas procedentes de la biología. Precisamente por ello, considera imprescindible estudiar cómo es posible la vida moral para seres constituidos biológicamente como el ser humano.

Estas ideas nos empujan a reflexionar sobre la condición animal del ser humano y la necesidad de reconocer la vulnerabilidad y la dependencia que resultan de ellas. El ser humano padece multitud de aflicciones desde su infancia hasta la ancianidad. Debido a su condición animal y, pese a las grandes diferencias, se comporta en relación con el mundo de una manera

[4] MACINTYRE, A.: *Tres versiones rivales de la ética,* Madrid, Rialp, 1992, pp. 100 y ss. trad. De Rovira, Rogelio (*Three Rival Versions of Moral Inquiry*, Notre Dame (Indiana, USA), University of Notre Dame Press., 1990).

muy similar al resto de animales inteligentes. De hecho, no se separa nunca enteramente de lo que tiene en común con ellos.

Una de las conclusiones más relevantes que se derivan de ello es que las capacidades que permiten desarrollar al ser humano como un ser racional independiente, es decir, como ser autónomo, sólo pueden ejercerse adecuadamente cuando se reconoce su dependencia estructural de los demás. Si esto no se comprende, tampoco podrán apreciarse con claridad ciertos rasgos de su comportamiento como ser racional. Como afirma el autor: "el reconocimiento de la dependencia es la clave para la independencia"[5].

Conviene destacar que en el fondo de estas ideas late una concepción de la persona como animal que se desarrolla a partir de las relaciones en las que se incardina. Por ello, los grupos en los que se integra no le resultan ajenos, sino que contribuyen a forjar su propia identidad, y son elemento esencial para su desarrollo individual.

Muchos de los bienes individuales y comunes son bienes compartidos, de modo que la decisión sobre la importancia que deben tener en la vida de un individuo determinados bienes no puede ser independiente de las decisiones que se tomen sobre la importancia de esos bienes para la vida de la comunidad. Del mismo modo, la diversidad de posibilidades abiertas para la vida de cualquiera está determinada por las decisiones políticas acerca de lo que es prioritario para la vida de la comunidad. Por eso, todo razonador práctico es, a la vez, un razonador político.

Charles Taylor también ha destacado la trascendencia de los vínculos interpersonales en el desarrollo de las personas y en la propia configuración de aquello que aprecian como valioso para sus propias vidas. Considera que nuestra comprensión de las cosas buenas e importantes de la vida puede transformarse por medio de nuestro disfrute en común con las personas que amamos y que algunos bienes sólo se nos hacen accesibles por medio de ese disfrute común[6].

Las ideas que expone MacIntyre nos permiten afrontar con más rigor algunas aporías que la concepción individualista de la persona ha generado en el pensamiento liberal dominante. Recuperar una concepción del ser humano como ser estructuralmente dependiente y endeudado con los demás permite, a mi juicio, entender más adecuadamente nuestras relaciones interpersonales y configurar nuestras sociedades desde criterios de auténtica justicia.

---

[5] MACINTYRE, A.: *Animales racionales y* ..., cit., p. 103.

[6] Cfr. TAYLOR, CH.: *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1966, pp. 64 y ss.

El Estado no es el lugar de la comunidad

MacIntyre ha sido muy criticado desde posturas liberales que consideraban que sus ideas implicaban una vuelta a estructuras sociales premodernas. Desde esa perspectiva, se le presentaba como un autor conservador cuyas propuestas regresivas negaban el pluralismo, la tolerancia así como otros valores universales conquistados por la modernidad[7]. A mi juicio, tales acusaciones resultan infundadas o provienen de una lectura descontextualizada de sus escritos. Estas interpretaciones no han tenido en cuenta el afán último que mueve estas propuestas y han extrapolado indebidamente al plano político ideas que pertenecen exclusivamente al plano de la ética.

Ciertamente, algunos autores contemporáneos tildados de "comunitaristas", y animados por el deseo de recuperar el protagonismo de los ciudadanos en la vida pública, han tratado de trasladar las nociones y los esquemas centrales de la *polis* griega a las sociedades actuales, con el propósito de recuperar la sensibilidad participativa que se echa de menos en muchas de nuestras democracias.

La *polis* representa una sociedad cuyos miembros han estructurado su vida en común para sostener formas de vida nobles y excelentes. La constitución de cada *polis* se podía entender, en consecuencia, como la expresión de un conjunto de principios acerca de cómo han de ordenarse los distintos bienes de la vida. El bien para los seres humanos sería el modo de vida que es mejor para ellos y expresa aquello en que consiste el desarrollo humano.

Pero la diferencia entre la comunidad política tal y como la entendió Aristóteles y los modernos Estados es demasiado grande. Las *polis* griegas eran sociedades de pequeña escala donde se compartía una cosmovisión y existían presupuestos acerca de la naturaleza y del bien común. Recuperar este tipo de comunidad en el contexto de nuestras democracias occidentales está condenado al fracaso. Precisamente porque nuestros Estados actuales lejos de configurar ese tipo de comunidad, son más bien conjuntos de instituciones grandes, complejas y destartaladas que combinan de forma incoherente el *ethos* de una gran empresa con continuas apelaciones a altos valores tales como la justicia o la libertad[8].

En este punto, entendemos que MacIntyre está mucho más cerca de los planteamientos liberales que de los comunitaristas. Hace no mucho afirmaba: "los comunitaristas contemporáneos de los cuales me he distanciado, cuando

---

[7] Cfr. LAPORTA, F.J.: "Comunitarismo y nacionalismo*", Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* pp. 17 y ss., 1995.

[8] Cfr. MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., p. 156.

he tenido ocasión para ello, presentan sus propuestas como una contribución a la política de los Estados. Donde los liberales han insistido característicamente que el Gobierno del Estado debía permanecer neutral entre concepciones rivales del bien humano, los comunitaristas contemporáneos han afirmado que tal gobierno debería ser expresión de alguna visión compartida del bien humano, una visión que definiera un tipo determinado de comunidad. Donde los liberales han defendido característicamente que esa visión compartida del bien debería ser articulada en las asociaciones civiles voluntarias, los comunitaristas han insistido en que la nación debería ser constituida como una comunidad a través de las instituciones del estado nacional"[9]. Y concluye diciendo que desde su punto de vista, "los comunitaristas han atacado a los liberales en un tema en que los liberales están en lo cierto"[10].

Reconocer la dimensión comunitaria de nuestras vidas es crucial pero esa dimensión no puede ser suplida por los Estados tal y como se configuran en la actualidad. Nuestros Estados contemporáneos nos proveen de algunos bienes públicos necesarios y establecen un ámbito de libertad y de seguridad apreciable, pero no debemos olvidar que los bienes públicos del Estado moderno no son los bienes comunes de una auténtica comunidad[11]. Por ello, afirma: "el Estado nacional no es y no puede ser el lugar de la comunidad"[12]. Y en una entrevista realizada hace unos años señalaba: "yo no soy un comunitarista. Yo no creo en ideales de formas de comunidad como remedio para los males sociales contemporáneos"[13].

Constant, en *La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos,* ya nos ponía en alerta respecto a la tentación de reinstaurar políticas cuyas virtualidades se perderían en caso de establecerse en situaciones ajenas a su contexto originario. Aquella era una visión romántica de las naciones concebidas como comunidades actuales o potenciales cuya unidad podía ser expresada a través de las instituciones del Estado. Y, como afirma MacIntyre, "la confusión de esta visión romántica con la concepción aristotélica llevó a muchos pensadores alemanes a establecer justo esa visión del Estado nacional como una comunidad omniabarcante, a la que los liberales se han resistido con razón porque entendían que genera totalitarismo"[14].

---

[9] HORTON, J. & MENDUS, S.: *After MacIntyre. Critical perspectives on the Work of Alasdair MacIntyre,* Cambridge, Blackwell, Polity Press, 1994, p. 303.

[10] Ibidem., p. 303.

[11] Cfr. MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., p. 103.

[12] HORTON, J. & MENDUS, S.: *After MacIntyre. Critical perspectives*..., cit., pp. 303 y ss.

[13] MACINTYRE, A.: "Nietzsche or Aristotle?", en BORRADORI, G.: *American Philosophers. Conversations with Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre and Kuhn.* Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 151.

[14] HORTON, J. & MENDUS, S.: *After MacIntyre. Critical perspectives*..., cit., p. 303.

Coincido con MacIntyre cuando señala que con mucha frecuencia cuando el Estado se considera a sí mismo como el encargado de conseguir el bien común de esta naturaleza, el resultado suele ser absurdo o desastroso y frecuentemente enmascara un tipo de manipulación de nuestras vidas. Su propia dinámica estructural termina invadiendo la esfera civil, y acaba imponiendo su lógica al resto de relaciones sociales.

Resulta paradójico que lo producido -la organización política, el Estado- se haya convertido en la realidad invasiva, en el mayor peligro para la vida y la plenitud de los seres humanos, como ya adelantó Ortega en *La rebelión de las masas*. Parece que, a modo de profecía, se han cumplido muchos de los pronósticos que vaticinó en esa obra y, en lo que nos ocupa ahora, aquel que presentía una sociedad cuyas vitalidades ciudadanas se encuentran atenuadas y homogeneizadas.

Por estas razones MacIntyre no asume la perspectiva comunitarista. A su juicio, "el error comunitarista"[15] consiste en pretender infundir a la política del Estado los valores y mecanismos de participación propios de las pequeñas comunidades. Si analizamos la realidad social observamos como nuestros Estados se encuentran regidos por acuerdos entre una diversidad de intereses económicos y sociales en conflicto unos con otros. Si observamos adecuadamente, descubrimos que el peso que se concede a cada uno de esos intereses viene determinado por el poder de negociación político y económico y la capacidad que se tenga para hacer valer las propias opiniones en las mesas de negociación política. La capacidad económica tiene especial relevancia para adquirir poder político ya que implica acceso a recursos electorales, a los medios de comunicación y a relaciones con grandes empresas.

El poder lo tienen entonces los que son capaces de determinar cuáles serán las alternativas disponibles entre las opciones que hay: "el consumidor, el votante y el individuo en general tienen el derecho de expresar sus preferencias hacia una o más de las alternativas que se ofrecen, pero la gama de alternativas posibles, así como su presentación, es controlada por una élite"[16]. Las élites que gobiernan están obligadas, por tanto, a valorar mucho la competencia en la presentación persuasiva de las alternativas, es decir, en las artes cosméticas. MacIntyre los llama *"professional manipulators of mass opinion"*[17].

Cuando las decisiones las toma una élite que domina el lenguaje y los conocimientos técnicos, los ciudadanos corrientes tienden a rechazar esa racionalidad y se genera una retórica de la manipulación y la persuasión en

[15] MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., p. 177.

[16] MACINTYRE, A.: *Justicia y...*, cit., p. 328.

[17] Ibidem., p. 328.

los foros de vida pública[18]. Además, para entrar con éxito en las áreas de la política se requieren recursos económicos que sólo el capitalismo puede suplir; recursos que aseguran a cambio acceso privilegiado a aquellos capaces de influir en las decisiones políticas. De este modo, como también señala Hoffe, se excluye a la mayoría de la gente de la posibilidad de participación activa y racional para determinar la forma de la comunidad en la que viven[19]. El resultado es que la mayoría disfrutamos de bienes públicos pero la distribución de bienes que realiza el Gobierno no refleja la opinión general alcanzada por medio de una "deliberación común regida por normas de indagación racional"[20].

Horkheimer y Adorno han constatado que el desencantamiento del mundo moderno expresa el desencantamiento de la razón relegada a su función meramente instrumental. En coherencia con ello, han señalado que la gran mayoría de nuestros contemporáneos se piensan de entrada como consumidores, después como trabajadores y, sólo finalmente, como ciudadanos. En una sociedad así informada, la democracia tiende inevitablemente a convertirse en el ideal político dominante, mientras que las oligarquías de todo tipo se convierten irremisiblemente en la realidad política vigente[21].

El desarrollo de las comunidades civiles

En el pensamiento de MacIntyre se da prioridad a la sociedad civil al entenderla como un fenómeno anterior al Estado, que no es más que una forma particular e históricamente condicionada de su organización política. El hecho de que el poder se haya ido concentrando progresivamente en las entidades estatales no ha hecho sino oscurecer esta prioridad de la vida ciudadana respecto a su estructuración jurídica. De forma coherente, se entiende que capacitar al Estado, incluso al Estado liberal, como baluarte de los valores, siempre pone en peligro esos valores, porque siempre existe el peligro de su manipulación, y el riesgo adelantado por Tocqueville de someter a las personas y a las comunidades a un poder tutelar omnipresente que vino a denominar "despotismo blando"[22].

---

[18] MACINTYRE, A.: *Tres versiones rivales*..., cit., p. 213.

[19] Cfr. HOFFE, O.: "Pluralismo y tolerancia: acerca de la legitimación de dos condiciones de la modernidad", en *Estudios sobre teoría del Derecho y justicia,* Barcelona, Alfa, 1988.

[20] Cfr. MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., p. 157.

[21] Cfr. MACINTYRE, A.: *Marxism and Cristianity*, Londres, Duckworth, 2ª ed. 1995, p. xxvi. para apreciar las coincidencias de planteamiento.

[22] Cfr. TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 102 y ss.

La conclusión de *After Virtue* fue una defensa de la "comunidad civil" y no del poder del Estado. Precisamente porque los modos de práctica social a pequeña escala y las comunidades locales establecen un ámbito que posibilita formas de vida en las que los ciudadanos pueden perseguir sus propios bienes racionalmente y de forma compartida. Ése es el contexto adecuado que permite la existencia de relaciones sociales informadas por apelaciones comunes a bienes internos a las prácticas de la comunidad. En consecuencia, debemos asumir una política involucrada en la construcción y sostenimiento de comunidades locales de pequeña escala, al nivel de la familia, el vecindario, el lugar de trabajo, la parroquia, la escuela o la clínica[23].

Gracias a los cuerpos y asociaciones intermedios de la sociedad los ciudadanos pueden, en el libre juego del pluralismo y por medio del diálogo racional, elegir y vivir sus propias concepciones acerca de lo bueno. Sólo a partir de comunidades más pequeñas es posible establecer espacios públicos donde se puedan encarnar las teorías en prácticas que informen las vidas de las personas. En estas esferas encontraremos la oportunidad de realizar lo que habitualmente se niega en los foros a gran escala que no poseen las condiciones necesarias para el debate racional público.

En definitiva, estas propuestas nos animan a la tarea de reconstruir un conjunto de diferentes instituciones no gubernamentales con la suficiente fuerza como para contrarrestar al Estado y, aunque no impida a éste cumplir con su función, puede, no obstante, evitar que domine y atomice el resto de la sociedad. Gellner afirma que el pluralismo político, en términos de unidades independientes y autónomas, ha sido frecuentemente dejado de lado porque las unidades locales carecen simplemente del poder necesario[24].

Recientemente, Walzer ha reivindicado ideas similares tras constatar el surgimiento de una nueva ciudadanía reflexiva apoyada en lo que llama "asociacionismo crítico". Esta nueva ciudadanía consiste en la participación activa en las diferentes asociaciones que constituyen la sociedad[25]. Por medio de ellas es posible dar forma concreta a ideales y valores; lo que de otro modo serían acciones aisladas se transforman entonces en acciones con estabilidad. La vida interna de la sociedad se facilita en ellas, ya que sirven para encauzar propósitos compartidos, y posibilitan que se pueda participar en su realización.

Sin embargo, como bien han puesto de relieve muchos pensadores liberales, las comunidades también pueden convertirse en obstáculo para el desarrollo de las personas. Y en este punto MacIntyre coincide plenamente

---

[23] Cfr. *Animales racionales y dependientes*, cit., p. 151.

[24] GELLNER, E: *Condiciones para la libertad: la sociedad civil y sus rivales*, Barcelona, Paidós, 1996, p.73.

con los liberales y critica a aquellos comunitaristas que presuponen la existencia de algo bueno en las comunidades como tales. A su juicio, éstas son propensas a corromperse por su estrechez de miras, la complacencia y el prejuicio contra los extraños cuando falta el reconocimiento de la dependencia mutua. Por ello, siempre debemos tener en cuenta que, incluso en el mejor de los casos, el ejercicio colectivo de la racionalidad deliberativa es siempre imperfecto lo cual implica una constante apertura a la superación, corrección y mejora[26].

Solidaridad y ciudadanía responsable

Como hemos visto, la perspectiva de MacIntyre nos invita a entender a los ciudadanos como miembros unidos por lazos de pertenencia que reconocen la capacidad que tienen los demás para aportar al bien de la colectividad.

Una verdadera comunidad política existe para establecer un tipo de razonamiento cooperativo sobre fines comunes que evite su fragmentación y permita jerarquizar los diversos bienes que se persiguen en la vida. La comunidad política no existe sólo para ajustar intereses en conflicto o para proveer bienes y servicios; existe para hacer posible el tipo de comunidad en la que la deliberación conjunta sobre la vida pueda tener lugar dentro de un contexto de endeudamiento recíproco y justa solidaridad.

Desde esta perspectiva, es decir, desde de un discurso no individualista, es posible fundamentar actuaciones de los poderes públicos en beneficio de ciudadanos necesitados. Y podemos afirmar coherentemente que las sociedades deben evitar las situaciones de marginación porque de lo contrario se impide que cada uno pueda participar efectivamente en la construcción de la sociedad y en el disfrute de los bienes comunes que ésta propugna. Lo que legitima las políticas de justicia social es el interés de la comunidad, pero es un interés que coincide con el interés de cada uno[27].

Como también Charles Taylor nos advierte, es erróneo concebir los derechos sociales como autoposesión desvinculada de las funciones y responsabilidades. Más bien son condiciones para la participación en una tarea común; son condiciones para una auténtica autonomía que se realiza al participar en la configuración colectiva[28]. Las políticas distributivas no se conci-

[25] WALZER, M.: "The Civil Society argument", en C. Mouffe (ed.), *Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community,* Londres/New York, Verso, 1992, pp. 12 y ss.

[26] Cfr. MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., p.167.

[27] Cfr. MACINTYRE, A.: "Community, Law, and the Idiom and Rhetoric of Rights", *Listening*, 26 (1991) p. 34.

[28] TAYLOR, CH.: "La diversidad de bienes", en *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad. Paidós*, 1 (1996), cit., pp. 65 y ss.

ben entonces como una imposición de los débiles ni mera condescendencia de los más fuertes, sino exigencia derivada lógicamente de una comprensión de la vida social como proyecto común, en el que cada individuo es capaz de aportar lo mejor de sí a las causas compartidas.

Si no concebimos la sociedad como un tipo de "empresa cooperativa", no hay buenas razones para que el Estado deba hacer todo o no deba hacer nada. Sin esa concepción de la sociedad, la discusión sobre la solidaridad como ingrediente de la justicia degenera en debates sobre cómo optimizar eficazmente la inversión de los recursos públicos.

Frecuentemente, en los debates acerca de la solidaridad hay un aspecto de índole antropológica que suele pasar desapercibido. Estos debates se centran en ver quien la realiza más eficazmente. Pero, además de la eficacia, conviene no olvidar que una solidaridad monopolizada por el Estado anula la libre colaboración de los agentes en el bien general y los bienes personales que de ello se derivan.

Para recuperar esta faceta de la solidaridad, MacIntyre coincide con Rorty en que el lugar de la solidaridad no es el de la organización estatal; no es el Estado el encargado de perseguirla, sino que son los propios ciudadanos quienes deben recuperar el protagonismo en ese ámbito de acción social distinto del Estado[29].

El peligro de sustraer al Estado la administración de lo social conlleva un nuevo riesgo que no es otro que su posible mercantilización. Para evitarlo, es necesario que las funciones sigan siendo, de algún modo, públicas, aunque sea la sociedad quien se encargue de ello; y hace falta un nuevo modo de entender la autonomía, definida no sólo negativamente como ausencia de coerción, sino como capacidad de involucrarse en tareas de índole superior.

Estas ideas no implican confiar al mercado competencias públicas, sino que tienden a fomentar la participación de la sociedad en la gestión de lo público. Como ha señalado Alejandro Llano en *Humanismo cívico,* parece conveniente compartir estas cargas con ese tejido de comunidades y asociaciones civiles que abren sus objetivos a causas comunes[30]. De este modo, se podrá construir un Estado social y democrático con auténtico contenido social y verdadera participación en su configuración; una sociedad en la que se recupere el valor intrínseco de la actividad cooperativa, y se fortalezcan los vínculos entre los propios ciudadanos en espacios comunes donde quepa auténtica solidaridad y justicia social.

---

[29] RORTY, R.: *Objetivity, Relativism and Truth*, Cambridge, 1991, pp. 21y ss.

[30] Cfr. LLANO, A.: *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 106.

Como conclusión, señalamos cinco comentarios que nos ha suscitado el diálogo con MacIntyre:

(1) Como podemos apreciar, el nivel conceptual de discurso en el que nos situamos no es el estrictamente jurídico o político sino el plano cultural y social. La preocupación que anima las reflexiones de este autor es de índole marcadamente ética. En esa dirección se debe enmarcar la defensa de la "comunidad civil" y de los modos de práctica social a pequeña escala.

(2) Sus propuestas pueden servir como punto de partida para repensar críticamente el modo en que se han venido configurando nuestras sociedades occidentales hasta nuestros días y en qué medida sus condiciones estructurales desincentivan el diálogo público y generan una homogeneización de las vidas de los ciudadanos.

(3) MacIntyre ha defendido la necesidad de fortalecer las relaciones sociales institucionalizadas, precisamente porque en ellas se puedan apreciar las distintas formas de vida y conocer lo que aporta cada una para la realización de nuestra libertad. Su análisis presupone una aproximación nueva a la realidad social que implica la recuperación del protagonismo de los ciudadanos, pero no en su aislamiento sino en el contexto de lazos interpersonales.

(4) Sin embargo, la descripción que realiza de los Estados occidentales y de sus mecanismos decisorios me parece algo simplista y claramente influenciada por las prácticas y los modos de actuar de la política en los Estados Unidos. Ciertamente, las críticas del autor reflejan parte de los problemas e imperfecciones de nuestros sistemas democráticos pero, a mi juicio, centrarse exclusivamente en sus aspectos negativos le impide entrever todas sus virtualidades así como descubrir posibilidades ocultas de regeneración

(5) La deliberación sobre lo público en nuestras sociedades occidentales puede resultar muy enriquecida si los Estados contemporáneos reconocen la importancia de esas entidades en las que participa el ciudadano y articulan los cauces para facilitar su presencia efectiva. En definitiva, para aumentar la democratización de las instituciones, es preciso generar una libertad concertada activa y responsable; un pluralismo no impuesto desde arriba sino un pluralismo social ascendente.

MEDIOS, FINES Y PLURALIDAD DE PROCESOS EN EL PENSAMIENTO DE LON FULLER

(A propósito de *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L.Fuller*, Revised edition, Kenneth I. Winston (Ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001)

César Arjona
ESADE

I

Para Lon Fuller era esencial que cada regla, proceso o sistema jurídico fuese entendido en relación con su contexto histórico y social. Es ésta una actitud propia de la jurisprudencia norteamericana del siglo XX, heredada del pragmatismo que a comienzos de ese siglo se consolidó como el paradigma dominante del pensamiento filosófico y social en aquel país. Esta necesaria contextualización, que más o menos todos aceptamos y practicamos en el estudio del Derecho, es no pocas veces olvidada cuando el objeto de nuestra reflexión son los autores que pensaron y que escribieron sobre el Derecho.

El contexto en el que hay que situar la obra iusfilosófica de Fuller, escrita durante las décadas centrales del siglo XX en Harvard, viene dominado por dos tendencias de pensamiento jurídico. La primera, el positivismo analítico, extendido por todo el mundo occidental y que el contemporáneo de Fuller, H.L.A. Hart, representa en su cenit. La segunda, la filosofía jurídica dominante en Norteamérica, el instrumentalismo pragmático.[1] La teoría de Fuller implica una crítica de ambas corrientes.

La comunidad jurídica ha prestado casi toda su atención a relacionar la obra de Fuller con el positivismo analítico. La teoría fulleriana se ha

[1] La categoría de "instrumentalismo pragmático" se corresponde parcialmente con la de realismo norteamericano (a la que el lector español está más acostumbrado) pero no coincide plenamente con ella. Aquélla es más amplia que ésta en cuanto a su ámbito cronológico y subjetivo (incluyendo a autores como Holmes, Dewey o Pound) y al tiempo más estrecha al no incluir algunas de las facetas más radicales del realismo. Estoy adoptando aquí a Summers, el cual define y delimita este grupo en su *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.

interpretado principalmente en clave de crítica al positivismo analítico. La relación entre Fuller y el instrumentalismo pragmático norteamericano ha corrido peor suerte como tema objeto de estudio.

Se me ocurren varias razones que pueden explicar la preponderancia de la primer perspectiva sobre la segunda. Una de ellas es que el positivismo analítico ha constituido el modelo de pensamiento jurídico dominante del siglo XX en todo el mundo occidental, mientras que la influencia del instrumentalismo ha quedado en gran medida reducida a las fronteras de los Estados Unidos.[2] Otra es la inmensa atracción que en su día generara, y que aún genera, el debate entre el propio Fuller y Hart, debate que dio comienzo con la publicación sucesiva de dos artículos por cada uno de esos autores en la *Harvard Law Review* en el año 1958 y al que posiblemente pueda calificarse como el debate más famoso de la filosofía jurídica del siglo XX. Una tercera razón, no menos importante y relacionada con la anterior, es que el propio Fuller a menudo escribía como si sus posiciones debieran contrastarse tan sólo con las del positivismo analítico.[3] Finalmente, debe tenerse en cuenta la relevancia sustantiva de los temas que se suscitan al poner en relación a Fuller con el positivismo analítico: el debate es de gran relevancia teórica y están en juego en él algunas de las cuestiones intemporales de la filosofía jurídica.

Sin ánimo de negar la importancia de esas razones (y de otras que a buen seguro podrían traerse a colación) me gustaría en el presente texto reivindicar el estudio de Fuller desde la perspectiva del instrumentalismo pragmático. El instrumentalismo pragmático es el entorno natural de Fuller: se trata de la única teoría jurídica autóctona de Estados Unidos (el positivismo analítico fue en todo caso importado en aquel país) y aquélla en la que Fuller se crió jurídicamente hablando. El que Fuller escribiese abiertamente contra el positivismo analítico y no contra el instrumentalismo, bien pudiera explicarse por el hecho de que Fuller estuviese mucho más cercano a este segundo que al primero. Según Robert Summers, su biógrafo, Fuller aceptó muchos de los postulados instrumentalistas y su obra puede leerse en parte como una sofisticación de los mismos a los que trata de corregir en sus excesos.[4]

---

[2] Es síntoma de ello el que aquellos trabajos que sí contemplan a Fuller frente al telón de fondo del pragmatismo sean de autores americanos. Cito a modo de ejemplo: Summers, R.S, "Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law", *Harvard Law Review*, vol.92, 1978, pp.433-449 y Winston, K.I, "Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.8, nº3, 1998, pp.329-349.

[3] Summers, "Professor Fuller's…", ob.cit., p.436.

[4] Summers, "Professor Fuller's…", ob.cit., p.448.

A pesar del interés suscitado por el debate de Fuller con Hart y por la posible consideración del americano como autor iusnaturalista, me atrevería a decir que el conocimiento sobre Fuller en nuestro país no es ni muy extenso ni muy profundo. En ese sentido, al consultar la bibliografía de una tesis recientemente publicada por un profesor español, la cual es, dicho sea de paso, un admirable y exhaustivo estudio de lo que viene implicado en el debate Fuller-Hart, sorprende la escasez de fuentes existentes sobre Fuller en nuestro idioma.[5] Esta escasez, de la que dicha obra es una excepción, resulta especialmente grave al referirse a un autor tan importante como Fuller, un autor de miras amplias, de talante teórico al tiempo que práctico[6], un pensador interdisciplinar, un hombre, en definitiva, que se cuenta en la lista de los más grandes juristas de un país cuya influencia en nuestros sistemas, lo queramos o no, ya es inmensa.

II

Si el libro de Escudero constituye una base para reavivar el interés sobre Fuller (un intercambio de artículos sobre el tema en el décimo volumen de *Derechos y Libertades* así lo atestigua), al lector español se le presenta otra inmejorable oportunidad de acercarse a Fuller (si bien en una dimensión distinta) con la reedición de *The Principles of Social Order*. Es éste un libro que Fuller planeó pero que jamás llegó a escribir. De ese proyecto, Fuller tan sólo legó sus líneas básicas y una introducción. Winston parte de esos materiales para presentarnos una obra que Fuller nunca escribió... pero "escrita" por Fuller. Para ello se sirve de una serie de textos, algunos publicados y otros sin publicar, con los cuales convierte en realidad aquella obra imaginada. El grado de sistematicidad del resultado es notable, teniendo en cuenta no sólo lo intrincado del ejercicio sino también el carácter poco sistemático de la obra intelectual de Fuller, el cual jamás presentó una síntesis completa de su pensamiento.

Esta segunda edición conserva la estructura de la primera (introducción del editor, recopilación de los textos de Fuller en tres partes y, como apéndice, una carta escrita por Fuller a Thomas Reed Powell, su colega en Harvard) y presenta tan sólo dos novedades. La primera es una nueva introducción de

---

[5] Escudero Alday, R, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, 2000. En atención al lector interesado habrá que decir que si bien este trabajo parte del mencionado debate va en realidad más allá del mismo. Escudero ofrece una lectura de la obra de Fuller desde el positivismo, o dicho en otros términos, busca la integración de la moral interna del derecho dentro del positivismo (necesariamente corregido).

[6] Siguiendo con el contexto, hay que destacar que Fuller fue profesor de derecho de contratos (es poco corriente en Estados Unidos la dedicación exclusiva a la teoría jurídica), y, por cierto, uno de los más reputados en la historia de aquel país.

Winston que se añade a la original, completándola. La segunda es una conferencia de Fuller, no publicada anteriormente, titulada *The Case Against Freedom*. El valor que aportan estos añadidos, que contribuyen sobre todo a trazar las implicaciones de la filosofía política de Fuller en su teoría del Derecho, constituye una muy buena razón para la lectura de la obra. Pero todavía más importante me parece la oportunidad que ofrece de completar y mejorar la visión que la comunidad jurídica española tiene del pensamiento de Fuller, lo cual es a su vez prueba de que la primera edición, aparecida hace ya veinte años, nunca recibió una gran acogida. Sería una lástima que esta segunda corriera la misma suerte.

The Principles of Social Order es un tratado general sobre *eunomics*, término acuñado por Fuller y que se define como *the science, theory or study of good order and workable social arrangements* (p.62). La primera de las tres partes en las que se organizan los textos de Fuller consta de un solo trabajo, *Means and Ends*. Se trata de la introducción que escribió Fuller a ese libro inexistente al que Winston pretende dar cuerpo. *Means and Ends* es la pieza fundacional de *eunomics* y en ella se dibuja la línea teórica que se irá desarrollando a lo largo de la recopilación. *Means and Ends* va mucho más allá de un texto jurídico, incluso de un texto de filosofía jurídica. Cabría hablar más bien de un ensayo de filosofía social en el cual Fuller demuestra su aguda sensibilidad hacia lo metodológico.

La aplicación de los principios de *eunomics* al Derecho es el objeto de la segunda parte de la recopilación, titulada *The Principles and Forms of Social Order*. Esta segunda parte constituye el verdadero núcleo de la obra y en ella cobran protagonismo principal los *procesos*, o, lo que es lo mismo, las formas o los principios del orden social a los que hace referencia el título de la obra. A lo largo de su vida Fuller ofreció varias listas de procesos, siendo la más extensa la que aparece en las páginas 188-189 y que distingue hasta nueve procesos o formas distintas del orden social. En esta segunda parte Winston recopila escritos de Fuller que tratan monográficamente sobre varios de esos procesos, en concreto sobre *adjudication* (aplicación judicial del Derecho), mediación, legislación, contrato, *costumary law* (derecho consuetudinario) y, de forma menos clara, *managerial direction* (dirección gerencial o dirección administrativa). Si bien los distintos ensayos que se ocupan de estos procesos no siguen una misma estructura (pues Fuller no los concibió como capítulos de un mismo libro) sí hay entre ellos suficientes similitudes como para ofrecer un cuerpo teórico de relativa consistencia.

El título de la tercera parte de la recopilación, *Legal Philosophy, Legal Education and The Practice of Law*, indica bien a las claras un criterio más débil en la selección y agrupación de los textos que el que orientó la segunda parte. Este tercer bloque recoge distintos ensayos de Fuller que no se ocupan

directamente de ninguno de los procesos anteriormente tratados. No es sistemático ni pretende serlo. Pero tiene el valor de establecer la conexión entre la teoría jurídica de Fuller, presentada en la parte previa, con su concepción de la práctica jurídica (con especial atención a la educación jurídica) y con su filosofía política, de base liberal[7] y conservadora.

III

El que afronte *The Principles of Social Order* buscando una síntesis del pensamiento iusfilosófico de Fuller sufrirá una decepción. Esta obra ofrece ante todo *una cierta perspectiva* sobre Fuller. Y esa perspectiva no toma como punto de anclaje aquellos aspectos de la teoría fulleriana que tradicionalmente han recibido mayor atención, tales como su consideración como autor iusnaturalista, los ocho cánones de la *moral interna del derecho* expuestos en *The Morality of Law*, su debate con Herbert Hart, etcétera... Estas cuestiones aparecen en el libro de forma tangencial y sólo en la doble introducción de Winston se trata sobre ellas expresamente. La ofrecida en esta recopilación es, por el contrario, una perspectiva original, la cual se centra en los aspectos menos conocidos (sobre todo en Europa) del pensamiento de Fuller. *The Principles of Social Order* es, como ya he señalado parafraseando al propio editor, un tratado general sobre *eunomics*. Con ello Winston logra no sólo presentar un enfoque novedoso de la obra de Fuller sino también contemplar desde una base más sólida y más fiel a sus fundamentos teóricos aquellas otras cuestiones habitualmente discutidas.

Me gustaría destacar dos tesis que pueden resultar especialmente interesantes para el jurista español. La primera se refiere al núcleo de la teoría de *eunomics* y según ella la relación entre los medios y los fines debe concebirse como una relación dialéctica. La segunda sostiene la existencia de una pluralidad de procesos para la consecución de fines sociales y eleva al jurista a la categoría de arquitecto del orden social. Aunque yo las separe a efectos expositivos, ambas ideas están íntimamente conectadas.

1) La relación entre los medios y los fines. La tesis que sostiene que la relación entre los medios y los fines, en aquello en que afecta a la filosofía social, es dialéctica, es el hilo teórico fundamental que recorre toda la obra.[8]

---

[7] Hablo aquí de "liberal" en el sentido clásico de ser favorable al mayor grado posible de libertad individual, cuya salvaguardia debe ser la primera misión del Estado.

[8] Hablo aquí de "dialéctica" como de relación entre dos términos opuestos que se condicionan recíprocamente. Se trataría, según la distinción de Norberto Bobbio, del sentido débil de dialéctica, en contraste con el sentido fuerte del término que correspondería a la dialéctica hegeliana, en la cual los dos términos de la dialéctica son sucesivamente eliminados para la posterior aparición de un tercer término (Noberto Bobbio, *Da Hobbes a Marx. Saggi di historia della filosofia*, Napoli, 1965, pp.256, 264).

Pero es en el primer texto, *Means and Ends*, donde se trata sobre ella de manera expresa. Fuller formula su postura en oposición a lo que denomina "modos de pensamiento comúnmente aceptados" respecto de la relación entre medios y fines, modos que se concretan, dentro del ámbito de las instituciones sociales, en los siguientes cinco puntos (pp.67 y ss):

- los fines son separables de las instituciones sociales que los sirven, son entidades distintas que pueden ser objeto de una apreciación aislada.

- es preciso determinar el fin antes de seleccionar el medio apropiado para alcanzarlo, de lo que se deriva que la principal tarea de la filosofía social es establecer una organización jerárquica de los fines.

- las instituciones sociales son absolutamente flexibles y la forma que se les dé para la consecución de un fin cualquiera es una cuestión "meramente técnica".

- sólo en los medios, y no en los fines, encontramos elementos de estructura formal; los medios deben ser diseñados, los fines tan sólo elegidos.

- los medios son males necesarios y sería mejor si sus costes pudieran ser evitados, esto es, si los fines fuesen alcanzados de forma directa sin intervención de las rígidas estructuras sociales.

La táctica de Fuller es examinar de manera crítica cada una de estas asunciones, definiendo así su tesis en contraposición a las mismas. Esa tesis, en resumen, tiende a suprimir una separación tajante entre medios y fines, afirmando que esa separación es causa de muchas de nuestras limitaciones en la visión de los fenómenos sociales (incluido el Derecho). La relación entre ambos planos es dialéctica. Las formas y las estructuras no son algo *menos valioso* ni *menos necesario* que los fines que mediante ellas pretenden conseguirse. Es desarrollando los medios como definimos, concretamos y modificamos los fines. Además, esos medios no son susceptibles de una manipulación absoluta al poder ser ellos mismos constitutivos de los fines perseguidos. Fuller cita significativamente la siguiente frase de Michael Oakeshott: "la libertad de un inglés no es algo ejemplificado en el procedimiento de Habeas Corpus, sino que *es*, en ese punto, la disponibilidad de ese procedimiento" (p.74).

El formular una tesis o incluso una teoría mediante la oposición a otras tesis tradicionalmente asumidas es un modo argumentativo común. Generalmente esas asunciones o teorías clásicas contra las que se escribe vienen presentadas por el propio crítico, el cual no siempre identifica explícitamente a los autores o escuelas que las defienden. Fuller sigue aquí este *modus operandi* y por ello cabe formular una cuestión de partida: ¿exagera Fuller a su enemigo?, ¿quién está dispuesto a defender incondicionalmente las tesis objeto de su crítica?, ¿contra quién escribe Fuller en realidad?

Hay que reconocer que Fuller sí nos da algunas pistas para identificar las posiciones que critica y empieza su exposición con dos citas de sendos autores representativas del modo de pensamiento que se dispone a refutar (esos autores son Aldous Huxley e Isaiah Berlin). En un momento posterior Fuller también ilustra ese modo de pensamiento con la concepción que Mill sostiene de la libertad como mera ausencia de restricción, es decir, como un fin que no requiere de estructuras sociales como medios para ser realizado. Sin duda estas referencias restan oscuridad a su teoría. Aún así podría objetarse que esas posiciones, particulares, concretas y descontextualizadas, no prueban que haya realmente quien esté dispuesto a defender la posición tradicional de la forma en que Fuller la describe. Cabría alegar seguidamente que una vez matizada esa posición tradicional la tesis de Fuller perdería gran parte de su interés y se convertiría en poco más que en la exposición de algo obvio o cuando menos de algo que pocos negarán. Creo sin embargo que existen al menos dos argumentos para defender el valor de la posición fulleriana.

El primero de esos argumentos es que Fuller no parece mostrar reparo en insistir sobre lo obvio ni en teorizar sobre aquello que parece no requerir de teoría por ser evidente.[9] Parece aplicarse aquí el pensamiento de O.W.Holmes según el cual a menudo necesitamos "educación en lo obvio" en vez de "investigación sobre lo oscuro". Es el mismo punto de partida que ilumina la teoría formal del Derecho de Robert Summers, en gran parte inspirada por Fuller, tal como vendrá reflejado en su nuevo libro de próxima aparición.[10]

El segundo argumento permite llegar más claramente al fondo del asunto y nos muestra como, a pesar del talante conceptual y abstracto de *Means and Ends*, su tesis es un elemento imprescindible para apoyar las posiciones más conocidas y más directamente aplicadas al Derecho de Fuller. Así, detrás de la concepción tradicional de la separación entre los medios y los fines se halla, sin duda, la versión más extrema del movimiento pragmático americano que se materializó principalmente en la escuela realista, primero, y en el movimiento *Critical Legal Studies*, después. A Fuller, iluminado por su ideología liberal, le inquietó mucho la posible deformación del orden jurídico en pos de la consecución de programas de carácter económico y social, reflejo de la subordinación del

[9] Por ejemplo, en *The Morality of Law*, p.156, donde se disculpa retóricamente por ello.

[10] Aunque Summers ya ha incidido previamente en este punto: por ejemplo, en "How Law is Formal and Why It Matters", vol.82, *Cornell Law Review*, 1997, p.1165 y ss., de donde extraigo la cita previa de Holmes, la cual proviene a su vez de Oliver Wendell Holmes Jr., *Collected Legal Papers*, 1921, p.292.

Derecho a la política a la que sin duda conducía una forma de pensamiento centrada en la determinación apriorística de fines y la posterior manipulación del orden jurídico para su consecución. Aquí vio Fuller el peligro de los excesos que subyacían en la corriente instrumentalista. Una generación antes, su antecesor como *Carter Professor of General Jurisprudence* en Harvard, Roscoe Pound, habíase encontrado en la misma situación. Pound, preocupado por las consecuencias a las que podían llevar sus fundamentos pragmáticos en manos de autores menos comprometidos que él con el sistema político y económico norteamericano, se había echado atrás en sus propios planteamientos insistiendo en los límites de la acción jurídica, especialmente legislativa. Y esta es la misma línea en la que debe situarse la tesis de Fuller. Pero no se trata aquí simplemente de afirmar que no todo fin puede ser logrado a través de cualquier medio (lo que lleva a la indiscutible afirmación de que no todo puede lograrse a través del Derecho) sino también que hay fines que necesariamente requieren de determinado medio para ser alcanzados (utilizando el ejemplo del propio Fuller en oposición a Mill, no puede haber libertad sin restricciones que la limiten). Es sobre todo en este segundo punto en el que Fuller basa su íntimo respeto hacia el orden jurídico, en contraposición a la irreverencia con que lo han tratado los realistas y los *Crits*.

La tesis de la relación dialéctica entre los medios y los fines es, en definitiva, la base filosófica de la *teoría procedimental del Derecho* que se expone en la segunda parte de la obra. Sirve también de anclaje a la tesis de Fuller según la cual el respeto de las formas jurídicas tiende a promover la consecución de fines sustantivos valiosos y tiene por sí mismo un valor moral. Y es que los medios (en este caso el Derecho que respeta esos principios de legalidad) en sí mismos limitan, definen e incluso parcialmente constituyen los fines perseguidos. Así, la sombra de los modos tradicionales de pensamiento en torno a la relación medios-fines (esa concepción simplista que separa radicalmente ambos términos) se extiende más allá de las ramas más radicales del realismo y pasa a alcanzar en buena medida al positivismo analítico, cuya separación entre Derecho y moral, entre la ciencia jurídica y la ética, parece constituirse como un reflejo (quizás inconsciente) de la separación entre medios y fines. Podría alegarse de nuevo que Hart jamás defendió explícitamente esta última separación ni negó que las buenas formas jurídicas pudieran tener cierta influencia sobre los valores morales del sistema y pudieran incluso contener en sí mismas cierto valor moral. Hart reconocía que "aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una norma general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia", lo que no quita que según su opinión la *moral interna del derecho* sea "compatible con una

gran iniquidad"[11]. Alguien podría alegar que lo que al final separa a Hart de Fuller es una cuestión de grado: ambos están de acuerdo en que la forma determina en cierta medida los fines, pero mientras que para Hart lo hace de manera poco significativa, para Fuller la relación es tan esencial como para basar sobre ella una auténtica *teoría del derecho natural procedimental*. No sé hasta qué punto esta conclusión sería acertada. De lo que sí tengo seguridad es de que pocos autores se preocuparían menos que Lon Fuller por la acusación de que sus oposiciones conceptuales no son netas sino más bien una cuestión de grado.

2) La pluralidad de procesos. La segunda parte de la recopilación vendría a constituir una "parte especial" de *eunomics* en la que se trata sobre distintos procesos o formas de orden social (es decir, distintos medios para la consecución de fines) a través de cuyo análisis muestra Fuller la trabazón entre el diseño técnico de los procesos y la definición de los fines a conseguir. En este contexto quisiera destacar una segunda idea que considero especialmente importante dada la novedosa perspectiva que ofrece sobre la obra general de Fuller. Esta idea es el hecho de la pluralidad de procesos en sí misma.

Frente a las teorías tradicionales del Derecho, que prestan atención casi exclusiva a los procesos de legislación y aplicación judicial, Fuller abre un abanico de posibilidades técnicas, todas ellas de gran importancia para el mantenimiento del buen orden social. Como consecuencia de esto, el papel del jurista cobra una nueva dimensión, siendo ahora su principal responsabilidad la elección de aquellos procesos adecuados a los fines perseguidos. Esa elección no tiene porqué partir de un número cerrado de posibilidades. Puede implicar la modificación o el rediseño del proceso elegido o también el diseño de un nuevo proceso a partir de la combinación de otros. De lo que en ningún caso se trata es de una creación *ex novo*: la elección está siempre condicionada por el contexto histórico y social desde el que se realiza. Como expone e ilustra Fuller brillantemente en *Irrigation and Tyranny*, la gama de procesos disponibles para la resolución en un sentido determinado de cierto problema está limitada por las condiciones culturales del momento y lugar en que debe realizarse (p.219).

Esto es novedoso en tanto en cuanto la visión común que se tiene de la teoría de Fuller está muy centrada en lo que sería el proceso legislativo y por lo tanto no supondría, en este ámbito, ninguna ruptura con las teorías tradicionales del Derecho. A ello contribuye el que la obra de Fuller más conocida, al menos entre la comunidad jurídica española, sea *The Morality of*

[11] *El concepto de Derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió) Buenos Aires, 1998, pp.255-6.

Law. En ella la *moral interna del Derecho* se concreta en ocho cánones que se refieren principalmente al proceso legislativo.[12] Fuller utiliza en esa obra el término Derecho (*law*) como sinónimo de legislación, hasta el punto de contraponerlo al de *managerial direction* como ejemplo de aquello que no es Derecho (pp.207 y ss.). Nada hace indicar que Fuller, preocupado por establecer el valor moral del procedimiento a partir de la actividad legislativa, tenga en mente una concepción del Derecho como conjunto de procesos.

En *The Principles of Social Order* este esquema cambia. La legislación es uno de entre varios procesos de orden social entre los que se incluye la *managerial direction*, junto con la aplicación judicial del derecho, la mediación, el derecho consuetudinario y el contrato. Winston destaca hábilmente esta idea a través de su criterio de recopilación: el texto que incluye como representativo del proceso de legislación no es un texto fundamental e incluso su localización física (entre los demás textos que tratan sobre otros procesos) le resta centralidad.[13]

De lo que acabo de exponer pueden deducirse dos implicaciones. La primera es la escasa preocupación de Fuller por determinar un límite estricto a la noción de Derecho, lo cual debe asociarse con el concepto gradual de Derecho que defiende el autor en *The Morality of Law*. ¿Son "jurídicos" todos los procesos? ¿Cuáles son "jurídicos" y cuáles no? ¿Se puede decir de algunos que son "más jurídicos" que otros? No hay una respuesta a estas cuestiones en el libro. La propia terminología de Fuller no es de mucha ayuda. Aunque el título de esta obra hable de los principios del *orden social*, Fuller usó indistintamente los términos *procesos sociales* y *procesos jurídicos* (p.41). Winston adopta en su introducción la segunda de esas denominaciones. En la tabla comparativa de las formas de orden social que elabora a partir de los escritos de Fuller incluye, bajo el título de "Características de los principales procesos *jurídicos*", los procesos de *adjudication* o aplicación judicial, mediación, contrato, legislación y *managerial direction* o dirección administrativa (p.48). La única explicación que parece plausible para comprender esta aparente confusión (e incluso contradicción con *The*

[12] Aunque alguno se refiere también al de aplicación. En la descripción de la mayor parte de esos requisitos Fuller se refiere al proceso legislativo, con excepción del último de ellos, a saber, que exista congruencia entre la norma declarada y la acción oficial, el cual es más bien considerado en relación al proceso de aplicación judicial, si bien aquí la acción judicial es en muchas ocasiones un elemento corrector de la incongruencia que es en realidad introducida a través de la aplicación administrativa del Derecho (*The Morality of Law*, ed.rev., New Haven, 1969, p.81 y ss.).

[13] Se trata de un fragmento de *The Anatomy of Law* que trata sobre las razones por las cuales los principios de legalidad no deben constar en disposiciones constitucionales, sin que ni siquiera se trate directamente en dicho fragmento sobre esos principios (pp.176 y ss.).

Morality of Law) es que Fuller trabaja en todo momento con un concepto de Derecho flexible, muchas veces un concepto *ad hoc* para las necesidades de su discurso. Lo esencial para Fuller, siempre muy preocupado por las cuestiones prácticas, era que el trabajo del jurista se expandiera por toda esa pluralidad de procesos. Es significativo que Fuller hable del jurista como de un "arquitecto de estructuras sociales" o "del orden social" y no de un "arquitecto del Derecho" o de las "estructuras jurídicas": con ello pretendía sin duda dignificar la tarea del jurista remarcando la inmensa responsabilidad que él le atribuía. No parece que Fuller, quien, como ya he apuntado, sostuvo un concepto gradual de Derecho, se preocupara mucho por establecer la frontera a partir de la cual el Derecho dejaría de ser tal para convertirse en parte del concepto más amplio de orden social. Esta falta de determinación respecto del concepto de Derecho es ilustrativa del desprecio que Fuller mostró por muchas de las cuestiones claves de la teoría jurídica tradicional, especialmente aquellas relativas a las distinciones conceptuales. Esta actitud fue uno de los principales focos de atención de sus detractores, los cuales le achacaron poca capacidad analítica. No es mi tarea valorar este punto, pero no puedo dejar de constatarlo pues debe tenerse en cuenta para apreciar en su justa medida las tesis de este libro.

La segunda implicación de este modelo pluri-procedimental es que si el legislativo es un proceso situado en pie de igualdad con otros procesos jurídicos, habrá que concluir que los principios de legalidad en que se concreta la *moral interna del Derecho* (los cuales, con las salvedades antes apuntadas, son predicables principalmente del proceso legislativo) son tan sólo una cierta manifestación de esa moral interna en pie de igualdad con otras. Y en efecto esta es la interpretación de Winston. Para Fuller el carácter moral del Derecho se extiende a todas sus formas o procesos. "Cada uno de los procesos contiene dos elementos centrales: el diseño de un mecanismo y los principios morales apropiados para tal diseño (...). [Estos segundos] estipulan un conjunto de requisitos morales distintivos del proceso" (p.42). En el caso de la legislación esos requisitos se concretan en los bien conocidos principios de legalidad: ellos representan la *moral interna de la legislación* (esta es la denominación que utiliza Winston en el índice analítico, p.350). Pero serán distintos en cada uno de los procesos o formas del orden social. Por poner un ejemplo, en el contrato estarán referidos a los principios de reciprocidad e intercambio equitativo que dotan de valor moral a las promesas.

El mostrar los principios de legalidad como una manifestación concreta del valor moral del Derecho aplicada a un proceso concreto (el legislativo) que compite con otros varios procesos del orden social, también dotados de valor moral, me parece una aportación muy importante y muy original de esta obra. Pero además, gracias a la introducción de Winston y, sobre

todo, al texto añadido en esta segunda edición (*The Case Against Freedom*), obtenemos una buena idea del trasfondo ideológico personal que sostenía esta visión. Y es que Fuller se oponía al dominio de la concepción descendente del Derecho (*top down approach*: Derecho entendido simplemente como imposición de normas por una autoridad superior) que ha dominado tradicionalmene la teoría jurídica y propugnaba frente a ella una concepción ascendente (*bottom up approach*). Lo que más le preocupaba a Fuller de la legislación eran sus límites: el fin natural del proceso legislativo es para Fuller permitir la capacidad de auto-dirección de los ciudadanos como agentes morales autónomos. Fuller expresó mucha más simpatía hacia el *common law* que hacia el Derecho legislado[14]. Pero si había para Fuller una forma de orden social más importante que las demás esta debía ser sin duda el contrato. El proceso contractual, en el que los individuos interactúan libremente dentro del marco establecido por la legislación y por la costumbre, responde mejor que ningún otro a las inclinaciones liberales de Fuller, el cual, como ya he señalado, ha sido uno de los mayores expertos en derecho de contratos de Estados Unidos. Las razones por las que en *The Morality of Law* Fuller se centró en el proceso legislativo podrían haber sido relativamente contingentes: según insinúa Winston en su nota introductoria a *The Case Against Freedom* el interés de la comunidad académica en que Fuller siguiera la línea que marcaba su confrontación con Hart (una confrontación que giraba en torno a la legislación como forma paradigmática del Derecho) le impidió desarrollar otras ideas propias de mayor originalidad (p.315).

IV

Esta compilación resultará valiosa tanto para el que esté familiarizado con el pensamiento de Fuller como para el que se aproxima a este autor. Al primero le aportará una perspectiva novedosa que le permitirá interpretar con nueva luz su obra. Al que se aproxima a él por primera vez le resultará también muy útil, teniendo en cuenta que el ámbito temático del libro es amplio y que ofrece una visión muy general sobre la concepción del Derecho de Fuller. El relativo olvido de los temas del pensamiento fulleriano más tratados hasta ahora se compensa en buena medida con la introducción de Winston, la cual se constituye como un verdadero ensayo (dos en realidad) independiente, más centrado que el resto del libro en las cuestiones tradicionalmente discutidas sobre este autor.

Precisamente el valor añadido por Winston a la recopilación es digno de ser destacado. Junto con las dos introducciones y los criterios utilizados

[14] Un sumarísimo e interesante análisis del *common law* lo encontramos en pp.256-257.

para la selección y organización de los materiales, la aportación de Winston se completa con las notas introductorias a cada uno de los textos, muy útiles para su comprensión ya que los contextualizan, no sólo dentro de la obra de Fuller, sino también dentro de sus circunstancias históricas, académicas e incluso personales. Esto, por cierto, es otra faceta que también interesará al que ya esté familiarizado con el pensamiento de Fuller, puesto que le ofrecerá datos posiblemente desconocidos pero nada despreciables para una lectura distinta (o al menos matizada) de sus posiciones teóricas.

En un orden más general de cosas, me gustaría destacar tres aspectos que, a mi entender, constituyen una herencia esencial que Fuller lega a la comunidad jurídica del futuro (ya del presente), todos los cuales, cada uno a su modo, impregnan la obra aquí comentada (razón por la cual parte de lo que diré ahora ha sido mencionado previamente). La selección de estas cuestiones es muy subjetiva, no pretende ser exhaustiva ni sistemática: en definitiva, no pretende más que recoger las impresiones personales de un lector.

El primero de esos aspectos es el metodológico. Aquél que se interese por las cuestiones epistemológicas encontrará en este libro una buena muestra de la influencia de la filosofía pragmática en Fuller. Son varias las cuestiones que al respecto deben destacarse. Quizás la más original sea el análisis de los procesos a partir de modelos abstractos que pueden considerarse como tipos ideales, entendida esta expresión tanto en un sentido weberiano como en un sentido moral. Destaca también la sorprendente habilidad para moverse entre distintos planos de abstracción (característica habitual en los juristas americanos) y entre distintos planos disciplinares. La dimensión instrumentalista de Fuller es muy marcada en lo epistémico. El método de Fuller es esencialmente empírico: esto se comprueba con más claridad en su trabajo sobre los procesos que en la formulación de la moral interna del derecho. Fuller insiste en la relativización de toda afirmación sobre el derecho, la cual debe circunscribirse a las circunstancias específicas en las que el fenómeno se produce. Para la determinación de esas circunstancias, no duda en recurrir a las ciencias sociales, esto es, a la psicología, economía, sociología y, destacadamente, antropología. Fuller era de hecho un pensador cultivado en estas ramas, si bien era también consciente de los límites del uso de las ciencias sociales en teoría jurídica y siempre abogó por un uso crítico y limitado de las mismas, en lo que constituye un claro ejercicio de sofisticación de los postulados instrumentalistas.

El segundo aspecto es el referido a la ruptura de los límites de la juridicidad. Esto está claramente unido a lo comentado en el párrafo anterior. Este punto es especialmente polémico, si bien a Fuller habría que situarlo, más que en un lado de la polémica, fuera de la misma, quizás despreocupado por la polémica en sí. La trascendencia de su concepto gradual de derecho es enorme

para los desarrollos contemporáneos en antropología y sociología jurídicas.[15] Fuller se encuentra entre los pocos teóricos serios del derecho a cuya autoridad pueden acudir los modernos partidarios del pluralismo jurídico.[16]

El tercero y último de los aspectos que querría aquí destacar es el que tiene que ver con los fines del Derecho. Para Fuller, ese fin forma parte del mismo Derecho: las normas, los procesos o los sistemas tienen un fin, un propósito sin el cual no pueden ser entendidos. Esta idea, mediante la cual Fuller cargaba contra el positivismo analítico, también muestra la continuidad que este autor representa en relación con el instrumentalismo americano (la preocupación por los fines del derecho era ya patente en Holmes y había alcanzado con Pound una importancia notable). Estudiar el Derecho en términos de sus finalidades implica contemplarlo como actividad, como empresa, y no como resultado (que es como lo contemplaba el positivismo analítico al que Fuller se oponía). Esta dimensión del pensamiento de Fuller es la que habría reflejado en su gran proyecto de *eunomics*, en caso de que hubiera podido llevarlo a término.

La concepción del Derecho como actividad dirigida a la consecución de fines conduce la reflexión de Fuller hacia dos dimensiones. Por una parte, una dimensión tecnológica, la cual se refiere a la elección y al diseño de los procesos adecuados para la obtención de unos determinados resultados. Esos procesos, ya lo sabemos, constituyen una pluralidad abierta. Por otra parte, una dimensión moral o valorativa, esto es, como también se ha dicho ya, todos los procesos jurídicos o de orden social tienen un componente moral, una moral interna, que en cada uno de ellos se concreta en unos requisitos o cánones particulares.[17] Esta esfera moral de la reflexión, por cierto,

---

[15] El propio Fuller se hizo eco, en el prefacio a la segunda edición de su *The Morality of Law*, del interés que el libro había suscitado entre los sociólogos y antropólogos del derecho (p.vi).

[16] En el inicio de *Human Interaction and the Law* (p.232 en la compilación) Fuller ofrece un concepto de derecho que podrían muy bien parafrasear éstos: "Entiendo la palabra *derecho* en un sentido muy amplio. Pretendo que incluya no sólo los sistemas jurídicos de estados y naciones, sino también los sistemas más pequeños –al menos de "apariencia jurídica" en su estructura y función- que se encuentran en sindicatos, asociaciones profesionales, clubes, iglesias y universidades. (...) Cuando se le otorga ese ámbito extendido al concepto de derecho, resulta aparente que muchas de las cuestiones centrales de hoy en día son de naturaleza jurídica, en ese sentido amplio".

[17] Esta distinción entre las dimensiones tecnológica y moral la llevo a cabo tan sólo a efectos de análisis, ya que en el pensamiento de Fuller aparecen confundidas. De hecho, es esta fusión entre las dos dimensiones la que lleva a algunos autores a calificar a Fuller como iusnaturalista tecnológico (Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, ob.cit, especialmente p.339) y a otros a negarle el carácter iusnaturalista (Miller, W.S, "Review to Summer's "Lon L. Fuller" and Winston's "The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller"", *The American Journal of Jurisprudence*, vol.30, 1985, p.229, según el cual los principios de legalidad no son "moralidad" precisamente porque son "tecnología").

interesó mucho a Fuller en relación con una de sus grandes preocupaciones, tradicionalmente ignorada: la profesión y la educación jurídicas. En *The Principles of Social Order* no encontraremos a un Fuller obsesionado por defender el carácter intrínsecamente moral del Derecho, pero sí a un Fuller muy preocupado por la moralización de la profesión jurídica, así como por la sublimación de su actividad. Esta, por cierto, es cuestión de interés común en la teoría jurídica americana, y no es la menos importante para su adopción en Europa.

Me gustaría concluir insistiendo en la misma idea que he planteado al comienzo de este texto, a saber, que junto a la tradicional lectura de Fuller centrada en su confrontación con el positivismo analítico, cabe una lectura realizada desde el prisma de su relaciones con el instrumentalismo. *The Principles of Social Order* es un libro que invita a ser leído de esa manera y que permite, al hacerlo, obtener una visión distinta del autor americano. Esta perspectiva es equilibrada en la búsqueda tanto de puntos de oposición como de enlace o continuidad con el que fue el entorno de Fuller. Esta perspectiva, además, permite ver la centralidad en su pensamiento de alguno de los aspectos a los que menos atención se ha prestado (los dos destacados en las páginas anteriores son un ejemplo), sin restar importancia a los más conocidos (principalmente el valor moral intrínseco del derecho), en los cuales Fuller no sólo se opone al positivismo analítico sino también al instrumentalismo.

Como ya he dicho antes, si Fuller es o no iusnaturalista es sin duda la pregunta estrella sobre este autor. Dada la ingente bibliografía que trata de dar solución a ese dilema, cualquier aportación que desde esta nota pretendiera hacerse estaría fuera de lugar. Creo que la única verdadera aportación pasa por guardar silencio al respecto; pero, eso sí, un silencio consciente que pretende ante todo permitir que se escuche el rumor de fondo oculto tras esa melodía que se repite (en distintas versiones) una y otra vez. Me gustaría sugerir que en ese rumor de fondo hay elementos para crear una composición nueva, inspiradora y fértil. Si eso es cierto o si sólo hay ruido es algo que el lector podrá juzgar por sí mismo.

CORRESPONDENCIA CON JUAN RAMÓN CAPELLA

Iniciamos en este número lo que, de alguna forma, será una nueva sección de DOXA: correspondencia iusfilosófica. En esta ocasión publicamos dos cartas dirigidas por Carlos Cossio a Juan Ramón Capella y fechadas, respectivamente, en enero de 1972 y agosto de 1973. La primera -muy extensa- viene a ser una (auto)biografía de Cossio. Capella redactaba por aquellos años "biografías de juristas" para los suplementos de la Encilopedia Espasa, y le había pedido a Cossio alguna información al respecto; a pesar de la abundante respuesta de Cossio, Capella nunca llegó a usarla porque dejó de hacer aquel trabajo. La segunda -breve- tiene el interés de que muestra cuáles eran las afinidades ideológicas de Cossio (en esa época) y documenta en cierto modo que la tragedia argentina se veía venir.

Buenos Aires, 16 de enero de 1972

Señor Profesor
Juan-Ramón Capella
Barcelona

Mi ilustre y querido amigo:

Contesto su carta del 3 del corriente, la que me ha deparado una doble alegría: primero, por tener noticias suyas y saber que ha llegado a sus manos mi TEORIA EGOLOGICA, pues con ello la base para nuestro diálogo epistolar ha ensanchado sus bases de modo fundamental, para mí al menos; y segundo, por el simpático gesto suyo relativo a la entrada de la Teoría Egológica en la Enclopedia Espasa, que Ud. proyecta y sobre el cual me pide Ud. una ayuda de carácter biográfico.

Mi biografía "pública" es muy pobre, sin andanzas ni aventuras salvo esa irrenunciable aventura que significa amar la verdad filosófica y buscarla, cosa que entraña a su vez un superar prejuicios y romper dolorosamente ligámenes de toda índole con la sociedad, la familia y la tradición. En esta tarea no me faltó coraje; mi gran dificultad era lograr mi liberación sin herir sentimientos muy nobles de personas muy queridas.

Y vaya ahora esa biografía incolora que Ud. me pide:

Nací en la ciudad de San Miguel de Tucumán el 3 de febrero de 1903, ciudad capital de una provincia montañosa y subtropical con paisajes hermosísimos.

Por mis cuatro abuelos había mucho linaje en mi sangre. Tres de cepa española Cossio (en su origen González de Cossío), Alurralde y Paz, llegaron como enviados del Rey a cumplir misiones políticas. Por mi cuarto abuelo Posse (en su origen Possen) la ascendencia era sueca, también nobiliaria. Y le aseguro a Ud. que me dió mucho trabajo liberarme de tanto prejuicio inmerso en tanto linaje. Como detalle curioso le diré que uno de mis antepasados Alurralde casó con una ñusta, (palabra quechua que califica a las hermanas de los Incas); y que habiéndosele hecho cuestión acerca de esta pretensión dada la jerarquía nobiliaria de él, el expediente llegó a manos de Carlos V para que resolviera si la sangre española se desmerecía o no con la sangre de la ñusta. El Rey resolvió a favor de Alurralde y autorizó el casamiento.

Mi escuela primaria (6 años) y parte de la secundaria (2 años) las hice en un colegio católico de sacerdotes franceses, conforme al espíritu ultraconservador y ultracatólico de mi familia. Mi padre era un abogado de renombre y tenía una actuación política destacada en el orden provincial y luego en el orden nacional. La personalidad de mi madre era más profunda; tenía una dimensión humanista que salía del orden común. Daba placer oirla conversar porque se refería a cosas que no eran las de la vida diaria.

En esos 8 años de estudio en el colegio católico fue una suerte para mí que cada año saliera el primero de mi promoción, porque esto me ayudó a salir sin tropiezos familiares del primer conflicto serio que surgió en mi vida: había resuelto abandonar el colegio católico e ingresar al del Estado por dos razones: Una era el dogmatismo filosófico de la enseñanza que ya me resultaba inaguantable; no cabía discutir, ni dudar de nada, ni insistir en una pregunta por segunda vez. A pesar de mis 13 años, comenzaba a interesarme Kant por las referencias que obtuve en los libros de historia de la filosofía o en la clásica INTRODUCCION de Wundt; y me resultaba inaceptable que si yo invocaba a Kant por algún motivo, mis profesores me dijeran por toda respuesta: "No hable de ese zonzo" o "Está probado que tenía sus facultades mentales alteradas".

Fue así que cuando le expresé a mi padre mi deseo de ingresar al Colegio Nacional del Estado y dejar el de los sacerdotes franceses, me dio su consentimiento atento mi dedicación al estudio y con la esperanza de que seguiría con la misma "performance" que hasta ese momento.

Pero mi deseo de cambiar de colegio se inspiraba también, con igual fuerza, en aprovechar la enseñanza de Don Ricardo Jaimes Freyre y en trabar con él amistad ganándola como discípulo por mi capacidad intelectual; no llegando a ella por mi situación de familia. Don Ricardo Jaimes Freyre había integrado junto con Leopoldo Lugones y Julio Herrera y Reissig, el tercero de los primeros discípulos de Rubén Darío durante su primera estada en Buenos Aires. Era boliviano de origen y vivió desterrado en la Argentina; el azar lo llevó a encontrar en el Colegio Nacional de Tucumán un honorable medio de vida donde dictaba en 4º y 5º años los cursos de Psicología y Literatura preceptiva y de Lógica e Historia de la Literatura Española. Vivió y profesó en Tucumán por más de 20 años; yo lo alcancé cuando su prestigio había llegado al máximo; las generaciones sucesivas lo habían nimbado con una aureola carismática. Su personalidad humanista superlativa, su astro poético *y* su "filosofía" atea *y* progresista entusiasmaban a la gente joven que ingresaba al Colegio Nacional, a la par que la gente mayor le consentía estos pecados con sumo respeto. (Tuvo, no bien se radicó en Tucumán, una tremenda polémica con un sacerdote dominico muy respetado como filósofo, el padre Boisdron de quien verá Ud. su biografía en la Enciclopedia Espasa pues el Vaticano lo tomó como asesor en otros asuntos).

Sospechará que yo justifico esta larga referencia por la pregunta que Ud. me hace en su carta ("maestros si tuvo la fortuna de tenerlos"). Esta fortuna me fue dada con amplitud en Don Ricardo Jaimes Freyre; comunicaba en forma instantánea, al enseñar o al hablar, algo inefable; después comprendí que ese algo que comunicaba era el reino del espíritu objetivo, para expresarme con la precisión y la vaguedad hegelianas, ya que con este filósofo se tematiza así y por primera vez eso que hoy llamamos filosofía de la cultura y que desemboca en nuestra antropología filosófica. Don Ricardo comunicaba esta realidad porque él vivía de verdad en ella pues como creador poético la había nutrido en algo.

Y termino con esta referencia. Nunca después ni antes en la enseñanza oficial de mi país, encontré una personalidad de maestro que se aproximara a ésta. En la Facultad de Derecho de Buenos Aires, donde cursé Abogacía primero y después el Doctorado en Jurisprudencia, padecí (rigurosamente, me apenaba) la docencia de un ejército de mediocridades llegadas a las cátedras por padrinazgos de política universitaria para mantener el régimen existente y nada más. Algunas veces, no más de tres o cuatro profesores, eran personalidades con cierto realce, pero sin esa tremenda capacidad de inculcar e

imponerse que tenía Jaimes Freyre sin esforzarse en ello. Le bastaba hablar y exponer sus propios problemas para lograrlo, cuando se refería a la Literatura preceptiva; o mostrar el pasado desde el ángulo actual cuando era la Historia de la Literatura; o problematizar la realidad cuando nos enseñaba Psicología o Lógica.

Después conocí fugazmente a dos personalidades a quienes las sentí en el acto en el plano superior de Jaimes Freyre. Primero fue a Ortega y Gasset en un breve seminario que le seguí en diciembre de 1927 sobre fenomenología, que dictó en Buenos Aires estando yo ya con pasajes tomados para conocer los EE.UU. Fueron 15 días deliciosos de seminario; en la primera clase le hice al Maestro una pregunta que me preocupaba y cuya solución no había captado aún: "cómo' entender eso de las esencias materiales"? Ortega fue lúcido e instantáneo: "se trata de generalizar al infinito la noción kantiana de la intuición pura del espacio". Todavía Husserl no había dictado su curso recogido por las MEDITACIONES CARTESIANAS donde encontré más tarde la misma formulación verbal más o menos.

La otra personalidad fue la de Jerome Frank, a quien le pedí audiencia para visitarlo en 1952, en New York. Me citó a su despacho de los Tribunales, me hizo sentar a su lado durante un proceso donde él como Presidente de Sala actuaba solo escuchando a 2 ó 3 testigos y pude apreciar todo cuanto él valía como Juez para asentar sus pies en la realidad del caso que habría de resolver, y luego en su despacho personal me donó 3 horas de charla con inigualable brillo y profundidad.

Debo agregar todavía tres nombres, aunque de menor altura (de bastante menor altura) aunque muy por encima del nivel de los profesores universitarios argentinos. Los tres son filósofos argentinos, pues a la par de mis estudios de abogacía y jurisprudencia, pude hacer como estudiante libre (que no daba exámenes porque no pretendía aquí mi correspondiente diploma) los cursos de filosofía en la Universidad de Buenos Aires. Me refiero a Don Alejandro Korn y a Coriolano Alberini, éste mucho más joven que aquél. Ambos brillantísimos y hacían sentir su personalidad donde estuvieren. Pero Alberini no tenía nada propio que decir en su cátedra; y por eso su principal preocupación universitaria era la política universitaria, en la que actuó con eficacia institucional y personal. Korn en cambio sí tenía algo que decir; era el portavoz del regreso a Kant de las Escuelas de Marburg y Baden, donde insertaba su propio pensamiento; pero éste era superficial, difuso e inconsistente pero de hermosa expresión verbal.

El tercer nombre es el del filósofo tucumano Alberto Rougés, tío mío en segundo grado, a quien frecuenté durante cuatro años después de recibirme de abogado, desde 1924 a 1927. Rougés, muy sobrio y modesto, gran amigo de Jaimes Freyre, era profundo pues no eludía la tematización de los grandes

temas y tenía también algo propio que decir. Ha dejado un solo libro dentro de una línea católico-agustiniana (LAS JERARQUIAS DEL SER Y LA ETERNIDAD) donde ahonda en el problema bergsoniano del tiempo refiriéndose a algo que escapó a Bergson mismo y a Maritain como glosador de Bergson. Creo que en la filosofía pre-existencial o pre-heideggeriana, donde Bergson marca la gran cumbre de este gran problema de nuestra actualidad, el aporte de Rougés es el picacho de la máxima altura (en dicha línea pre-heideggeriana).

Por correo marítimo de esta misma fecha le remito, integrando esta parte de la presente carta, un libro de versos que tengo editado, AGUA HERRADA, con poemas seleccionados, aunque escritos a lo largo de mi vida (algunos bastante recientes) y alguno del año 1921, o sea dos años después de haber terminado mi educación secundaria. Debo confesarle que desde los 11 años, según mi recuerdo, tuve facilidad para la rima y el ritmo poéticos; pero al anoticiarme que Platón había quemado *todos* sus dramas cuando se descubrió como filósofo, yo lo imité en *parte*: rompí cientos de páginas poéticas infantiles y de mi adolescencia, pero resolví conservar aquéllas que me parecían dignas de ser juzgadas por los demás. Ellas y otras nuevas que de joven o en mi edad madura "me venían desde adentro", integran el libro AGUA HERRADA con una gran unidad, si no cronológica, sí espiritual. La poesía del año 1921 a que me he referido, se titula *El adiós*. El libro se reeditará este año con algunas enmiendas o retoques de valor, según creo yo. Por lo demás el envío no es con el sólo efecto de integrar el aspecto biográfico precedente, sino también para que Ud. (que a buen seguro ha de gustar de la poesía lírica) conozca este aspecto de mi personalidad y juzgue de él. Porque si Ud. estimase que hay algún valor como creación poética en mis poemas, entonces esto le permitirá advertir que hay autenticidad, porque hay en mi vivencia, de todo lo que dentro de la Teoría egológica se dice del método empírico-dialéctico y de la comprensión como acto de conocimiento jurídico, justo en la medida en que el conocimiento jurídico sea un conocimiento cultural y en que el Derecho sea Cultura y no Naturaleza.

Y sigo ahora dando respuesta a su deseo de noticias biográficas:

Escuela primaria: 6 años en el Colegio de sacerdotes franceses.

Secundaria: 1915 y 1916, en el mismo Colegio; 1917, 18 y 19 en el Colegio Nacional del Estado (entonces muy laico).

Estudio de la abogacía en la Universidad de Buenos Aires: 1920, 1921, 1922, 1923, recibiéndome de abogado en marzo de 1924 (pues había adelantado un año en forma libre). Por ese mismo tiempo estudiante libre de filosofía en la misma Universidad de Buenos Aires.

Concurrente asiduo al Ateneo Universitario de la Juventud.

Con mi diploma de abogado regresé a Tucumán para aprender esa profesión como tal en el bufete de mi padre. La estadía duró 5 años: 1924 a 1928 inclusive. Fue el momento de mi amistad "filosófica" con Alberto Rougés. También mi ruptura con la Iglesia Católica; en este ambiente estaba algo mal visto por haber abandonado el Colegio de sacerdotes franceses. Así sobrevino un episodio, en 1924, que me llevó a una ruptura con el obispo, la que jamás fue olvidada por el clero tucumano muy reaccionario y muy iletrado. Se me pidió, a pesar de mi resistencia a hacerlo, que pronunciara un discurso en la fiesta anual que la Sociedad de Damas de Beneficencia (expresión de la aristocracia tucumana anexo a una Iglesia que era también aristocrática) celebraba para otorgar *premios a la virtud*. Las damas y los clérigos recurrieron a mi abuela, mi madre, mi padre y toda mi parentela para que afrontara el trance. Yo advertía muy bien que los clérigos deseaban una manifestación de ortodoxia de mi parte para neutralizar la atmósfera que me daba la amistad con Jaimes Freyre y Rougés; y que la gente de linaje, dando por supuesta tal ortodoxia, quería lucir a un miembro de la alta clase social industrial, muy joven y algo despierto, como prueba de que la alta clase social no estaba ausente en la nueva generación tucumana donde, como es de suponer, la juventud ya pensaba con relativa gran independencia de la tradición en cuanto que la gran masa de esa juventud era ya de hijos nativos de la enorme afluencia de inmigrantes que había recibido mi país en las generaciones de mis abuelos y padres.

Pero mi discurso fue una sorpresa: Sostuve, con la herramienta kantiana de la buena voluntad y la pureza de la intención, que un ser humano no puede premiar la virtud de otro ser humano porque el ejercicio de semejante atribución no podía ser virtuoso. Invoqué a San Francisco, que no premiaba a los más humildes sino que quería ser más humilde que el más humilde. Hice una glosa de aquel poema de Rubén Darío en que los siete pecados capitales desfilan en libertad frente a las siete virtudes, prisioneras en sus torres. Y terminé leyendo algunos versículos del Sermón de la Montaña y del Sermón de Benarés para destacar cuan difícil hubiera sido para las damas tucumanas premiar a un budista por el solo hecho de ser virtuoso de otra manera y con otra virtud que el cristiano.

Se imaginará Ud. cómo resonó esto en esa ciudad de tierra adentro. El Obispo me exigió una retractación. Me negué a ello; y desde entonces mis relaciones con la Iglesia oficial terminaron, aunque traté con frecuencia a algunos de sus estudiosos más abiertos, más tarde en Buenos Aires; que no en Tucumán porque el clero de esta ciudad era increíblemente analfabeto y retrasado. (Los jesuitas en la Argentina sólo tienen establecimientos educacionales en Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe).

Había en Tucumán una vieja y prestigiosa institución, la Sociedad Sarmiento, con la mayor biblioteca pública de la ciudad y un amplio y elegante salón de conferencias, amén de comodidades para cultivar diálogos vespertinos o nocturnos con pretensiones de seminario. Por mi entusiasmo y por mi juventud me nombraron Director de ella: conseguí dinero para comprar muchos libros fundamentales y revistas (toda la Revista de Occidente y su Biblioteca); promoví seminarios gratuitos solicitándolos a nuestros intelectuales locales: el de Rougés como crítica al perspectivismo de Ortega fue un éxito; el de Juan B. Terán, rector de la Universidad, fue un desastre (sirvió para mostrarnos que no era un verdadero intelectual por falta de dimensión filosófica: habló sobre la colonización de la América Latina por España, aclarando que se atendría solamente a los documentos de las fuentes inmediatas (conquistadores, cronistas, colonizadores), pero que haría tabla rasa de todos los estudiosos del tema posteriores (sic); Ricardo Jaimes Freyre ya no vivía en Tucumán pues una revolución en Bolivia lo reclamó para integrar el Gobierno de aquel país. Pero pronto se terminó la lista de intelectuales tucumanos y los seminarios de este "nivel" desaparecieron.

Compensé este vacío de dos maneras: Con las conferencias de gente traída de Buenos Aires y llegadas a Buenos Aires de visita; obtuve conferencias de gente que jamás hubieran invitado a Tucumán los de la generación "mayor", por ejemplo Juan B. Justo, fundador del Partido Socialista en la Argentina en 1894 y primer traductor al castellano de EL CAPITAL; de Alfredo L. Palacios, de Julio Navarro Monzó gran difusor del protestantismo en la Argentina. Y también, como esfuerzo privado, bajo mi dirección, una revista de ideas titulada EL CARCAJ que aparecía una vez por mes y que salió puntualmente durante todo el año 1928 y los dos primeros meses de 1929. Eramos diez jóvenes; cuatro capaces de escribir; los otros seis integrábanse en la mesa de pulimento y análisis de lo que se publicaría, pues era gente de gran sentido crítico y además lectores de calidad. Los artículos salían sin firma, avalados por todo el grupo (GRUPO TUCUMAN). Los nombres de los participantes en un Número salían al final del periódico. (Una vez, Rougés en persona escribió un artículo sobre Comte, cuando ya se anunciaba que la revista dejaría de aparecer con motivo de que en 1929 yo me afincaría en Buenos Aires).

Esta revista dejó su huella. Todavía se habla de ella en Tucumán. Predominaba en ella una pretensión filosófica. Había una sección de artículos de pura filosofía, que cuidaba exclusivamente yo. Había otra, muy importante, que titulábamos "Revaloraciones", destinada a llevar a juicio a personajes argentinos tenidos por muy importantes en ese momento pero en los cuales nosotros no creíamos del todo. Había otra titulada "Relieves" de personajes que llegaban y que contaban con cuestro crédito intelectual, por ejemplo Co-

riolano Alberini. Había también secciones bibliográficas, política y alguna miscelánea localista. Se dará Ud. una idea de nuestro espíritu si le digo que "revalorando" a José Nicolás Matienzo, dijimos: "En síntesis, EL CARCAJ aconseja no leer a Matienzo porque como bien lo dijo ya Oscar Wilde, buena parte de la cultura moderna depende de lo que no debería leerse"; o revalorando a Alfredo L. Palacios señalábamos "que estaba profundizado por numerosos pozos de aire"; o revalorando a Ricardo Rojas, cerrábamos el comentario expresando que "Rojas tan sólo había escrito el título de grandes obras". El principal artículo del primer Número se titulaba "Fray Luis de León no tiene valor actual". No queríamos pasar en silencio el cuarto centenerario del ilustre poeta y humanista que entonces se acababa de celebrar en el habla hispana.

Debo aclararle que por esa ópoca yo ya sentía en forma decisiva mi vocación docente. En mí era una verdadera pasión; pero en Tucumán se me cerró el camino declarándose por dos ocasiones que yo era demasiado joven. Mi pretensión se reducía a una cátedra en la enseñanza secundaria, pues sólo había por ese entonces una pequeña Universidad técnica, tributaria de la industria azucarera y del alto comercio, destinada a formar expertos en sacarosa y en contabilidad. Mi pasión por la enseñanza decidió mi emigración de Tucumán. En Tucumán no encontraba ni aire ni horizonte, pues fuera de Rougés no había con quien conversar de filosofía. La falta de buenas librerías creaba una ausencia de horizontes.

En este período tucumano preparé mi doctorado en Jurisprudencia como estudiante libre. Iba anualmente a Buenos Aires a rendir exámenes. En 1927 presenté mi tesis doctoral LA REFORMA UNIVERSITARIA O EL PROBLEMA DE LA NUEVA GENERACION; la aprobaron con "distinguido" (no con "sobresaliente.") en diciembre de 1927 en una situación que resultó un verdadero escándalo universitario: no había mesa examinadora que se allanara a aceptarla pretextando que era una tesis de filosofía y no de Jurisprudencia, no obstante que como conclusión se proponía el texto de una nueva ley en reemplazo de la existente. Se salió de la *impasse* nombrando un tribunal especial con mixtura de profesores. La verdad es que irritó sobremanera el hecho (guiándome por las ideas de Natorp en su PEDAGOGIA SOCIAL), de referirme como materia de la institución universitaria, a la masa política que dirigía Hipólito Yrigoyen con el nombre de Partido Radical; como forma jurídica de esa materia, al sistema normativo emergente de la Revolución Rusa que José Ingenieros había presentado en la Argentina, con una información muy deficiente, como una democracia funcional (sic); y como forma moral de aquella forma jurídica, a la filosofía alemana neokantiana que a través de Ortega, García Morente y Korn nos tenía en vilo. La oligarquía ultraconservadora, todavía en esa época dueña de la Universidad

de Buenos Aires, no podía aceptar que se hable del radicalismo, la revolución rusa y el herético Kant cuando ella rendía cálido culto, a su manera, al procerato de la historia argentina oficial, a la Revolución Francesa y al tomismo que aconsejaba la Iglesia.

Mi tesis fue impresa ese mismo año 1927. Remití un ejemplar a Ortega y Gasset, pero éste no me acusó recibo ni me citó de ninguna manera no obstante que varias de sus ideas resultaron concordantes con las mías en lo que concernía al problema universitario, a estar a su magnífica prolusión de 1930 que tituló, al editarla en 1931, MISION DE LA UNIVERSIDAD.

En 1929 me trasladé a vivir en Buenos Aires, dominado por la idea de hacer carrera en la docencia universitaria, excluyendo toda otra cátedra que no fuese filosofía del Derecho y resuelto a no ejercer la profesión de abogado en un bufete. Buscaría de ejercerla sólo como abogado de un Banco oficial, cosa que conseguí por suerte para mi destino iusfilosófico. El bufete no deja tiempo para otra cosa que para atender a los clientes como profesional; un Banco oficial le pone a su disposición clientes y empleados, si bien su retribución económica queda fundamentalmente reducida a su sueldo. Pero le aseguro que no me ha importado nunca ganar dinero. Sí me importaba estar en contacto con la experiencia jurídica, cosa que desde un Banco oficial la tendría a veces como "juez" (cuando dictaminaba para el Banco y sus deudores en los arreglos extrajudiciales) y otras veces como licenciado cuando lo patrocinaba en sus propios pleitos. Así fui hasta 1930 abogado auxiliar en el Banco Hipotecario Nacional, de donde el gobierno militar me expulsó cuando lo derrocó al presidente Yrigoyen, recelando de las ideas heterodoxas de mi tesis a que más arriba me he referido. Y después, desde 1931 hasta jubilarme en 1960, fui abogado del Banco de la Nación sucesivamente en ascenso inspector letrado, abogado patrocinante y abogado jefe.

Apreciará Ud. que había (y hay) una fuerte dimensión disconformista en mi ego profundo, actuando en forma permanente; las menudencias biográficas que hasta aquí le he relatado la expresan inequívocamente. Mi actuación se definía por ese disconformismo casi instintivo. Y yo era consciente, claro está, de que así vivía un descastamiento que en llegando a cierto grado no me sería perdonado. Muchas veces antes y ahora he pensado sobre este proceso, por si en mí hubiera alguna causa de resentimiento vital que lo originase. Pero no he encontrado en mi semejante causa; y la verdad es que poseía en acto todo lo que socialmente otorga una pertenencia a la clase más privilegiada. Por eso he terminado por descartar en mí la hipótesis del resentimiento. Hoy interpreto mi giro disconformista permanente y espontáneo como la presencia vocacional de la justicia en mí, que me ha llevado a la filosofía del Derecho. Puedo, claro está, equivocarme a este respecto y comprendo muy bien que no soy yo mismo la persona más autorizada para

emitir el juicio más objetivo sobre el punto. Pero le puedo asegurar que desde niño, toda vivencia familiar o social de injusticia me hería profundamente y me estimulaba de inmediato a repensar la situación relativa a ella buscando la formulación racional de algo mejor como solución y lanzándome a la lucha en este sentido siempre que yo creyese que semejante acción podría servir para alcanzar aquel propósito. La expresión verbal o escrita de mi disconformidad siempre estaba al alcance de mi mano y la realizaba sin dilación, asumiéndola; frente a la acción transitiva me refrenaba cada vez que advertía su fracaso o inutilidad. Mi sentido de la praxis era siempre superior al de la utopía; y en ello advertía bien que la expresión del pensamiento no era una actuación utópica.

Ya puedo seguir, ahora en forma más sucinto, mi relato biográfico:

1931: Se abren dos concursos de Filosofía del Derecho (para profesor adjunto), uno en la Universidad de LA PLATA y otro en la de BUENOS AIRES. Me presento en ambos. En La Plata, universidad menor comparada con la de Buenos Aires, su Facultad de Derecho acusa un espíritu más abierto y liberal, donde pueden ingresar profesores jóvenes carentes de padrinazgos que son sospechosos para la de Buenos Aires donde se ha concentrado el grupo ultra conservador, católico y reaccionario de la alta política argentina.

En La Plata, el jurado se expide por unanimidad a mi favor y hubo nutridísimos aplausos de los estudiantes presentes en el aula cuando dicté la clase magistral que cerraba los requisitos de dicho concurso. Pero a las pocas semanas, antes de que las autoridades universitarias se pronunciaran en definitiva y por causa de una huelga estudiantil que había estallado por un motivo independiente del concurso, el Gobierno del general Uriburu (revolución entonces en turno) intervino la Universidad. La intervencion duró dos años y medio y con este motivo durante ese lapso no hubo pronunciamiento académico sobre la provisión de la cátedra.

En Buenos Aires, en cambio, donde era Director de la Facultad un Dr. Clodomiro Zavalía (el profesor que más había protestado por la admisión de mi tesis doctoral en una facultad de Derecho), el jurado aceptó la propuesta del personero del Dr. Zavalía, un Dr. Eduardo Bidau, profesor adjunto de derecho minero y agrario (sic) donde se recomendaba rechazar mi candidatura (con lo cual el concurso quedaba vacante) porque, consignaba, yo carecía "de preparación en la materia, de capacidad intelectual y de condiciones didácticas". En el Consejo Académico los votos se dividieron 6 contra 6 con relación a este dictamen, destacándose por la virulencia de sus expresiones en mí contra el voto de un delegado estudiantil, don Dantiago Estrada, energúmeno ultramontano que desde entonces hasta hoy aparece y reaparece en los movimientos políticos de la derecha católica, definido por la misma

actitud. Frente a ese empate, el Director Dr. Zavalía votó en mi contra y mi ingreso al claustro de Buenos Aires se desvaneció.

En 1934, terminada la intervención universitaria y elegidas las nuevas autoridades de la Universidad platense, la Facultad de Derecho llamó a nuevo concurso para la cátedra adjunta de Filosofía del Derecho, invocando el mucho tiempo que mediaba con relación al concurso que yo tenía ganado y como una medida de prudencia pedagógica. En realidad se trataba de acomodarle la entrada a un Sr. Campolongo, profesor de enseñanza secundaria que no tenía escrito nada de nada y que así, en estado inédito, fue alcanzado por la muerte 20 años después durante el gobierno de Perón. El Sr. Campolongo era amigo y compinche del profesor titular de Filosofía del Derecho (el literato y orador B. Ventura Pessolano) y del flamante Director de la Facultad de Derecho, un distinguido criminalista argentino de la escuela positiva, ya por ese entonces amigo de don Luis Jiménez de Asúa, que le había dado el espaldarazo, y más tarde protector de don Luis, cuando éste llegó a la Argentina de emigrado. Me refiero al Dr. José Peco.

La conjuración Peco-Pessolano estuvo a punto de triunfar, pero al final fracasó. El jurado volvió a votar mi nombre para el primero de la lista. Peco en el Consejo Académico, para contrarrestar esta preferencia pronunció un discurso en favor de Campolongo tan vehemente, que determinó a tres profesores que integraban este Cuerpo a defenderme. Los tres eran profesores de mucho prestigio: Alfredo L. Palacios, Emilio Ravignani y Carlos Vico. Estos discursos, todos documentando un paralelo donde yo tenía obra publicada y mi adversario no, arrastraron al resto del Consejo *y* fui elegido *y* nombrado.

Al poco tiempo Pessolano sufrió una hemiplegia. Esto hizo que a pesar de ser solo Profesor Adjunto, tomara la total dirección de la cátedra como si fuese el titular. Comencé por cambiar el programa e introduje, por primera vez en la Argentina para el curso de Filosofía del Derecho, el estudio de Kelsen, del sociologismo anglosajón con Holmes, Cardozo, Pound y Frank y de la filosofía social de Marx. Tres años después falleció Pessolano y el Consejo me nombró Profesor Titular sin concurso, pues se daba el hecho que la unanimidad del Consejo apoyaba mi nombre; y por el reglamento, mediando unanimidad, se puede prescindir de un concurso.

En 1938 fundé y presidí el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que duró hasta 1954. Fue un éxito que sobrepasó todos los cálculos y que tuvo una repercusión mundial: en los 16 años editamos 20 libros en la Editorial Losada, originales o traducidos; organizamos un fichero de todos los iusfilósofos del mundo civilizado que leían el castellano e instituímos con ellos y las instituciones afines más famosas una Guía de Canje que se actualizaba anualmente y se remitía gratuitamente a todos los que en ella

figuraban; nombramos a todos ellos Miembros Corresponsales obsequiándoles los libros que editábamos, amén de Miembros Honorarios sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento del idioma castellano; y organizamos cursos permanentes de investigación para hacer en Buenos Aires lo que no se podía hacer desde la Facultad oficial, así como propiciamos la visita de ilustres maestros extranjeros para que dieran conferencias pagadas por nosotros. Así los jóvenes y viejos argentinos de la época pudieron conocer en 1949 a Hans Kelsen y presenciaron con ilimitada sorpresa mi polémica con este gran Maestro.

En 1939 la Facultad de Derecho de Buenos Aires llamó nuevamente a concurso para designar Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho. Me inscribo en el concurso. El Director (o Decano en nuestro lenguaje oficial etimológicamente corrupto) es ahora un Dr. Matienzo, profesor de Derecho comercial e hijo de aquella "eminencia" que vapuleamos en EL CARCAJ. Pero la alarma cunde en el poderoso sector católico-reaccionario que exije para esa cátedra un contenido iusnaturalista. Pero no tienen ningún candidato atendible para oponerme que acepte la confrontación del concurso. Cuentan para ello con un Dr. Pividal, profesor de enseñanza secundaria que iría a la prueba siempre que la mayoría del Consejo Académico se comprometa a favorecerlo. Sin embargo entre los antecedentes *y* títulos de él *y* míos hay ya tan enorme diferencia, que el Consejo Académico no quiere desprestigiarse con tamaña maniobra y recurre a otra táctica: un viejo y respetado profesor católico que enseña Filosofía Antigua y Medioeval en la Facultad de Filosofía y Letras tiene un libro publicado (un libro y no más) con tema iusfilosófico "La Justicia y el Derecho". Es el Dr. Tomás D. Casares. Una delegación del grupo católico va a visitarlo para decirle que consideran que su nombre es lo único que puede salvar la cátedra de caer en mis manos, rogándole que se presente al concurso atento el interés de la Iglesia en el plano de la lucha ideológica. Casares acepta la misión pero a condición de que no haya concurso; impone una designación por unanimidad del Consejo Académico.

Este accede, "descubriendo" o "recordando" que había un viejo compromiso de caballeros de años atrás, con motivo de la designación de profesor titular de un stammleriano, en el sentido de que para mantener el equilibrio espiritual de la cátedra, la próxima designación debería recaer en un tomista. Y a tal efecto (puesto que el concurso abierto y en trámite era ya un obstáculo insalvable para tomar aquel camino si no se arbitraba una clausura del concurso), se comisionó al Decano Dr. Matienzo y a un destacado profesor de Derecho político que a la par era el asesor jurídico de la Compañia de Jesus (el Dr. Faustino Legón), para que nos entrevistaran a Pividal y a mí

con objeto de hacernos conocer el ánimo del Consejo y pedirnos que nos retirásemos voluntariamente del concurso a los fines de clausurarlo.

Como la cuestión estaba decidida con o sin mi aquiescencia, preferí quedar de acreedor moral y expresé a los comisionados que me retiraría del concurso (Pividal ya lo había hecho antes de recibir la extraordinaria visita) "porque no tenía ningún interés en adelantar la hora de mi reloj, pues tarde o temprano las cosas habrían de madurar algo más y mi entrada en la cátedra no podría ser impedida". También les expresé que el Dr. Casares fracasaría en esa cátedra porque su vocación estaba en la filosofía general y no en la iusfilosofía.

Y este fracaso llegó a su tiempo: La persona designada como Adjunto, tenía obligación de dictar un mínimo de clases en el plazo de dos años. Ocurrió que Casares no dictó ninguna clase en tal plazo y pidió una prórroga del mismo, la que le fue concedida por dos años más. Pero al vencer el cuarto año con que lo agraciaron, tampoco había dictado ninguna clase. Pidió una nueva prórroga para hacerlo, pero el renovado Consejo Académico no sólo se la negó sino que dejó sin efecto su designación de Profesor Adjunto, haciendo constar que el tiempo libre del Dr. Casares lo había empleado sólo en su cátedra de la Facultad de Filosofía y Letras y en el cargo judicial que a la vez desempeñaba.

En 1941 la Facultad de Derecho de Buenos Aires me invitó a dar un curso extraordinario de 6 clases sobre la Justicia. Fue un éxito; concurrieron más de 500 asistentes; como esta cantidad excedía a la capacidad del aula que se me había destinado, hubo que habilitar el aula magna para desarrollarlas allí.

Por correo de esta misma fecha le acornpaño un folleto (hoy forzosamente atrasado en sus noticias) que hice imprimir en 1964 como un acto de defensa universitaria, donde Ud. encontrará detallado algo que me pregunta en su carta: la docencia que he cumplido y los centros de estudios con que he estado vinculado durante mi actuación universitaria, tanto argentinos como extranjeros. Incluyo en esto las revistas donde he colaborado.

Aquí, para terminar, sólo quiero referirme al trasfondo de mi expulsión como Profesor Titular de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, a donde llegué bajo el gobierno del general Perón como Profesor Adjunto en 1947 (por concurso) y como Titular en 1949 (sin concurso). Con este último nombramiento me sentí obligado a renunciar de mi vieja cátedra de la Universidad de La Plata (siempre he protestado contra los acaparamientos de cátedra como un mal de la Universidad argentina: Levene tuvo 6 ó 7; Ramos, 4 ó 5 amén de su cargo judicial; Alberini 6 ó 7). En 1956 terminó mi carrera universitaria en *mi país*, cuando el gobierno militar de Aramburu me expulsó. Y a esta expulsión quiero referirme suscintamente:

A pesar de mi buen trato personal con los dirigentes socialistas Juan B. Justo, Alfredo L. Palacios y Alejandro Korn entre otros, nunca acepté afiliarme al Partido Socialista porque lo advertía ser un partido político pequeño-burgués y lo encontraba implantado en falso en mi país. Era un partido urbano, se radicaba en la ciudad de Buenos Aires; en las Provincias y en la campaña argentina casi no tenía votos. Y no me interesaba llegar a diputado cosa que, sin alejarme de mi familia, lo habría podido ser por los conservadores de mi provincia natal. Más que político, mucho más, me interesaba la docencia universitaria donde veía que tendría algo que hacer y que decir. El Partido Socialista argentino no tenía en verdad nada de revolucionario; así lo acreditó en 1919 al plegarse a la II Internacional y rechazar a la III.

En forma parecida me *sentía* lejos de la herencia política de Hipólito Yrigoyen (nuestro llamado Partido Radical), porque nunca sus jefes estructuraron como programa un contenido socialmente revolucionario que elevase a conciencia política la inmensa emoción de masas que en ese partido se desplegaba. Y para mí era claro que todo país latino-americano, habiendo caído en una situación neocolonialista por obra del imperialismo, no tenía otra vía para liberarse que la vía revolucionaria. El profesor Peco (quien tuvo muchas actuaciones simpáticas y dignas en su vida), era un dirigente de esta fuerza política y llegó a ser diputado. Esta su radicación política era uno de los dos motivos que entre él y yo había para recelarnos. El otro, universitariamente más poderoso, era su prejuicio antifilosófico: para él el filósofo era un charlatán; así se defendía al ver que los filósofos lo mirábamos en la Universidad como si él fuese un enano. Decía con frecuencia que quien se ha dedicado al Derecho penal no tiene tiempo para estudiar filosofía, ni necesita hacerlo.

Más decisiva y difícil fue la situación que me creó el peronismo desde 1946, en que asciende al poder e interviene la Universidad de Buenos Aires. Yo concordaba con el pensamiento democrático-liberal-burgués en que el nuevo régimen era una expresión de fascismo; pero ellos no entendían mi oposición al peronismo porque mi crítica era muy diferente a la de ellos. Ellos criticaban la nueva política porque no había un mercado económico libre, porque se trababa la actuación de los partidos políticos opositores incluso con el fraude electoral, porque se constreñía la expresión periodística de la crítica al nuevo régimen. Yo la objetaba porque se dejaba intacto el juego económico-social de la propiedad privada, porque no se hablaba en serio de una verdadera reforma agraria y porque se había entregado ilimitadamente a la Iglesia la dirección del intelecto y el gobierno de la enseñanza pública, sin excluir la persecución de la gente adversaria de la ideología eclesiástica. Para los liberales de la democracia burguesa argentina (incluyendo a nuestros socialistas y radicales), yo era un filo-peronista; para los peronistas, yo era

un filo-liberal o filo-comunista. En 1952, estando en New York, tuve oportunidad pública de expresar que "Perón había hecho mucho mal y mucho bien, sólo que al bien lo había hecho muy mal y al mal lo había hecho muy bien". Y esto, por lo primero, sonó mal para los liberales; y por lo segundo, sonó igualmente mal para los peronistas.

La Universidad de Buenos Aires estaba muy politizada; por excepción se encontraba profesores sin afiliación a la militancia política. De ahí que cuando en 1946 el gobierno de Perón interviene las Universidades, el claustro docente de la de Buenos Aires se divide: los reaccionarios socialmente, cuyo grupo más numeroso y más activo era de extracción católica (en esa época no existía todavía el pensamiento de sacerdotes del Tercer Mundo), decidió quedarse en la Universidad para cooperar con la obra del Gobierno en ella. Pero el grupo de la tradición liberal, más numeroso y poderoso que el grupo católico, decidió renunciar en masa a sus cátedras como protesta y en defensa de la Universidad. Este grupo actuó en la Universidad bajo la inspiración de Francisco Romero, José Luis Romero (hermano del anterior) y Risieri Frondizi, todos ellos afiliados al Partido Socialista. Pero en la Facultad de Derecho fueron birlados por hombres de la vieja oligarquía de nuestra política liberal-burguesa, a pesar del peso con que en un primer momento se hicieron sentir hombres como Alfredo Orgaz, Sebastián Soler, Luis Jiménez de Asúa, José Peco y otros menos conocidos.

Yo no acepté ninguno de aquellos criterios. Sostuve que los profesores debíamos quedarnos en la Universidad para seguir enseñando lo que siempre habíamos enseñado y esperando que se nos expulse por tal causa. A mi juicio esto era una mejor táctica defensiva de la Institución no sólo porque demorábamos la ocupación de las cátedras como cátedras vacantes por la gente del magma peronista que vendría, sino que también porque llegaría más a la opinión pública nacional y extranjera el episodio de un profesor expulsado de su cátedra por motivos políticos, reiterándose el escándalo a cada nuevo campanazo en vez de la renuncia en masa efectuada una sola vez, facilitando que por eso después nadie vuelva sobre el tema en forma viva.

Esta decisión mía enardeció a los renunciantes del grupo liberal. Y ellos, con perfidia, repitieron en todos los tonos y en todo momento, en mi país y en toda la América Latina, que yo me había peronizado según lo acreditaba mi permanencia en la Universidad. Y esta voz sonaba más que la negativa de peronistas y católicos porque la prensa era liberal y se encargaba de hacer eco únicamente a lo primero.

Pero mi situación devenía más aguda y más difícil porque la recordada división del claustro de profesores de la Universidad de Buenos Aires se duplicaba en mi contra en forma específica como un tema académico que exasperaba a los juristas tradicionales. En efecto: católicos peronizados por

un lado, y, por otro, liberales rebeldes, significaba, también, sangrar por mi permanente crítica al Derecho Natural que afectaba profundamente a los primeros; y sangrar por mi crítica, igualmente permanente del racionalismo dogmático y del empirismo exegético (las dos modalidades tradicionales del normativismo intelectualista), que yo ejemplificaba en mi cátedra con textos de los autores argentinos (Soler, Orgaz, Peco, Jiménez de Asúa, etc.) o argentinizados, pues tales textos, siendo familiares para los alumnos por ser los de los libros que ellos utilizaban para clases y exámenes, les daban la base intuitiva necesaria para tornar incontrarrestable mis análisis críticos.

Y así ocurrió, un poco como a los profesores aristotélicos concitados contra Galileo, que cuando en marzo de 1955 Perón rompe con la Iglesia y organiza la quemazón de sus principales templos, la derecha católica, prescindiendo de su dimensión reaccionaria en forma momentánea, pasa a la oposición y conjuga una alianza con los liberales rebeldes. De modo que cuando en septiembre de 1955 Perón cae derrocado por los militares liberales (que se imponen con el general Aramburu y que tienen todo el apoyo efectivo de los EE.UU.), el gobierno militar emergente queda bajo la doble mentoría de los católicos reaccionarios y de los liberales rebeldes, ganando posiciones para su causa a veces unos *y* a veces otros. En este juego coinciden los iusnaturalistas *y* los normativistas en calificarme de peronista para librarse de mí en la Universidad, porque la etiqueta peronista por sí misma era, en la circunstancia, causa determinante para obtener un objetivo: nadie en el mundo oficial podía ensayar una defensa del peronismo (ahora maldito y aborrecido), sin caer en desgracia.

En una palabra: católicos y liberales volvían ahora a la Universidad para mandar y rehacerla a su gusto. El estigma "peronista" le salvaba a los católicos el iusnaturalismo y a la par a los liberal-burgueses el normativismo, con la sola magia de la palabra en esa circunstancia, sin abrir entre ellos ninguna brecha y sin discutirme absolutamente en nivel académico. Agregue a esto la mediación de los envidiosos que advierten que pueden ser herederos de una cátedra en ese momento prestigiada más que ninguna otra en nuestra Universidad y entonces el cuadro se completa porque ya se tiene también el grupo de villanos y felones que siempre es necesario en estas circunstancias, dado que alguien deberá sacar la cara cuando sea el momento de jugar sucio, ser desleal y entrar a la casa entrando por la ventana.

De cualquier manera creo que la verdadera fuerza en mi contra, articulada con estas apariencias, provenía en rigor de mi escepticismo respecto de las líneas políticas de los Partidos Socialista y Radical (ambos asesores áulicos del gobierno militar del general Aramburu) y de mi no comprendida crítica a la política del general Perón que acaso, para peor, ya estuviere siendo bien comprendida. Sin esta base última, no creo que habría bastado

el hecho de ser anti-iusnaturalista o antinormativista, para separarme de mi cátedra. Mi separación emergía de mi peligrosidad para el sistema reinante; y esto se definía en función de las lineas programáticas de las fuerzas políticas argentinas. El iusnaturalismo y el normativismo hirieron, claro está, la intelectualidad de los cerebros jurídicos del sistema cuyo asesoramiento era indispensable para cualquier gobierno militar. Lo que era peligroso para el sistema "occidental y cristiano" (como reza la fórmula acuñada entre nuestros gobernantes militares y sus asesores), resultaba especificamente peligroso para el prestigio de sus asesores jurídicos en la medida en que ellos se asumieran como iusnaturalistas o como normativistas. En tal sentido el egologismo como causa de desprestigio científico tenía que ser eliminado de la Universidad oficial. Para ello se lo articulaba en contra de la "civilización occidental y cristiana", con muy mala fe, bajo el amparo del fascismo peronista causante de todos los males argentinos según el dictum de los militares gobernantes sugeridos por sus asesores liberales del centro, de la derecha y de la izquierda concebida con dimensiones castrenses.

Pero todavía faltaba el tercer acto para la Universidad argentina: Perón en 1946, Aramburu en 1956 y Onganía en 1968. Este último general expulsó a los liberales (en especial a los que tenían algún tufillo yankee en actividad) y dejó el campo a los católicos como señores exclusivos de ella. Huelga el comentario. En la Facultad de Derecho de Buenos Aires se da la aberración de que en algunas de sus cátedras de Filosofía del Derecho se enseña exclusivamente Lógica simbólica para no chocar con los valores oficialmente dominantes.

Esto ha determinado que no obstante vivir yo como un exiliado dentro de mi propio país hayan aparecido en las ciencias positivas del Derecho jóvenes tratadistas egológicos de las últimas promociones, como Lino E. Palacio o Enrique Bacigalupo; y que la juventud tenga cada vez más una simpatía emocional de claro tipo político por la teoría egológica. A pedido exclusivo de jóvenes he dictado un curso en 1968 en la Universidad jesuita del Salvador, en el Centro de Estudiantes; y otro en la Universidad no estatal "Belgrano" en 1970, ambos con un increíble éxito de concurrencia y entusiasmo. Pero para la Universidad oficial literalmente no existo: cuando Quintano Ripollés visitó Buenos Aires poco antes de su fallecimiento, fue a la Facultad de Derecho a preguntar por mi domicilio *y* le dijeron que no lo sabían, aunque creían que yo ya había muerto.

Naturalmente que esta situación biográfica que se acentuó agudamente después de mi expulsión de la Universidad por el gobierno del general Aramburu a propuesta del interventor José Luis Romero, no significó para mi quedarme inerte. He comenzado, o comencé de inmediato en 1956, a replantearme para mí mi propio caso. Y comencé a comunicarme con la

gente que me comprendía, sin hacer diferencias ideológicas de ninguna especie. El resultado ha sido radicarme con mucha firmeza en la izquierda; más aún: descubrir lo que la izquierda significa de verdad para el hombre contemporáneo. Y la solución que he logrado para el problema axiológico del Derecho con esta inmersión en la izquierda, la tiene Ud. expuesta en resumen en la edición de 1967 de mi libro EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL. Además he intensificado mis visitas universitarios a los países latino-americanos, en especial al Brasil, donde tengo muchos amigos y definidos simpatizantes.

Y esto es todo lo que puedo decirle para satisfacer su deseo. He entrado en pormenores con el deseo de que Ud. capte el espíritu que hay en lo que he vivido como universitario y que no se refleja en las meras noticias escuetas referentes a hechos en bruto. Porque estos parmenores son para que Ud. los utilice a su gusto y paladar, ya que descuento que esta larga reseña de mi carta no le sirve para ser reproducida. Deberá Ud filtrarla, podarla y utilizarla como telón de fondo de lo que Ud, estime pertinente consignar como biogrofía.

Por lo detrás espero ansioso su impresión sobre mi libro después de sus vaciones de Pascua. Hago votos para que dure Ud. indefinidamente en su nueva cátedra y para que triunfe en toda la línea el notable experimento docente que tiene planeado. En conexión con esta enseñanza sin "derecho natural" que Ud. Proyecta o que ya tiene entre manos, me permito sugerirle la lectura (si no lo conociese) y la recomendación para sus alumnos del libro ¿QUÉ QUEDA DEL DERECHO NATURAL?, del profesor chileno Eduardo Novoa Monreal (editado en Santiago de Chile y también en Buenos Aires por la Editorial Depalma en 1967: En Chile, por Benavides López, Ahumada 131, Santiago; en Buenos Aires, Depalma, Talcahuano 494, Buenos Aires). El autor es de la izquierda católica, el más encumbrado criminalista chileno y profesor de Derecho Penal en las Universidades del Estado y Católica de Santiago. Acaba de ser nombrado ministro en el nuevo gabinete del presidente Salvador Allende(!). Está muy bien tratado el tema, en forma panorámicamente completa e inmejorable. No queda nada en pie del iusnaturalismo. Creo que el libro le puede ser muy útil para sus alumnos y para su lucha.

Y espero sus noticias.

Con un abrazo muy afectuoso me despido su amigo

Buenos Aires, 27 agosto 1973

Señor Profesor
Juan-Ramón Capella
Barcelona

Mi querido amigo:

Reabro nuestro intercambio epistolar, ahora con el propósito de mantenerlo con un ritmo más regular de noticias. Pero no le será difícil colegir que los sucesos políticos que ha estado viviendo mi país desde seis meses a esta parte y que los sigue viviendo todavía, han sido el principal factor determinante. De hecho estoy sin noticias suyas y me gustaría saber si sus tareas universitarias no están interrumpidas como Ud. temía que podría ocurrir.

Por mi parte comienzo por decirle que el 19 de junio p.p. fui restituido a mi cátedra como Profesor Titular de Filosofía del Derecho con todos los honores y que he comenzado mis clases en el curso superior de postgraduados (Doctorado) de acuerdo al plan que le acompaño.

Además propuse a las actuales autoridades (cosa que se aceptó con entusiasmo), que, si la actual situación de honda renovación universitaria perdura (sic), sean invitados para dar un cursillo en 1974, tres profesores: Jerzy Wróblewski, Antonio Luiz Machado Neto y Ud.- Le ruego que me conteste con premura si Ud. aceptaría, para que entonces la Universidad le envíe la invitación oficial con los detalles de fecha, remuneración, etc.

Le he advertido "...si la actual situación perdura...", pues creo que tiene que sobrevenir a corto plazo una contrarrevolución para atajar un desarrollo revolucionario posible que es temido por los Estados Unidos y la desalojada oligarquía del capitalismo argentino. Será promovida por ambos centros de poder; pero lo peor sería que el general Perón se embarcara también en ella. El peronismo es un conglomerado muy extraño: hay una juventud revolucionaria muy pujante, que cuenta con mis simpatías y son mis amigos, que está en la izquierda y está enfrentando a los antiguos peronistas que prefieren un mero retorno a peronismo de antaño, respecto del cual yo me he sentido siempre divorciado y extraño. Ya veremos qué pasa.

De todas maneras, pronto le enviaré la nueva edición de mi LA OPINIÓN PÚBLICA (ya corregí sus pruebas de galera hace un mes) y dentro de tres días entrego a un editor un estudio que se llama UNIVERSIDAD Y REVOLUCION EN LA ARGENTINA.

También editaré en el curso de este año un libro TEMATIZACIÓN DE LA LÓGICA NORMATIVA y al menos el primer tomo de mi IDEOLOGÍA Y DERECHO.

Espero sus noticias y su respuesta afirmativa para la invitación.
Un abrazo muy afectuoso de su amigo.

ENTREVISTA A JOSÉ DELGADO PINTO

Miguel Ángel Rodilla
Universidad de Salamanca

Miguel Angel Rodilla: *Profesor Delgado Pinto, usted obtuvo la cátedra de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Oviedo, en 1960, muy joven, con veintiocho años. Acaba de cumplir setenta años. Así que, incluso si dejamos fuera del cómputo sus años como profesor Ayudante y como profesor Adjunto en la Universidad de Granada, ha desarrollado una carrera académica muy dilatada. Estando ya cercana la jubilación, tal vez sea éste un momento oportuno para echar una mirada retrospectiva sobre su propia trayectoria y al mismo tiempo sobre los avatares de la filosofía del Derecho en España.*

Para empezar, me gustaría preguntarle sobre su iniciación en la filosofía del Derecho. Usted empezó su carrera académica en el ámbito de la filosofía política y del Derecho constitucional, con una tesis sobre la formación del concepto de "leyes fundamentales". Muy pronto, sin embargo, cambió de rumbo, orientándose hacia la filosofía del Derecho. ¿Ese cambio de rumbo le resultó suave y natural, o supuso alguna ruptura? ¿Ha mantenido vivo el interés por la filosofía política?

José Delgado Pinto: Al terminar la Licenciatura comencé a trabajar en la elaboración de la tesis doctoral con Luís Sánchez Agesta, entonces catedrático de Derecho Político en la Universidad de Granada. En su Manual había una lección dedicada a "La constitución como Derecho fundamental de organización del Estado", y me sugirió que orientara mi trabajo en el sentido de aclarar ese carácter "fundamental" del subsistema jurídico que es una constitución. El trabajo fue derivando hasta terminar siendo un estudio sobre la formación histórica de la noción moderna de constitución. En un primer capítulo estudiaba la idea bajomedieval y renacentista de las "leyes fundamentales", para ir viendo cómo progresivamente se transformaba y era finalmente sustituida por la idea moderna de constitución. Dediqué sendos capítulos a examinar ese proceso en el período de la revolución inglesa en la época de Cromwell, la aportación del yusnaturalismo racionalista de los

siglos XVII y XVIII, la evolución en Norteamérica desde el período de las colonias hasta la independencia frente a Inglaterra, y, finalmente, el momento de la revolución francesa. Tuve ocasión entonces de leer, de forma parcial en unos casos, más completa en otros, algunas de las obras de una serie de "clásicos" de la filosofía jurídico-política: Bodino, Suárez, Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, de Vattel, Rousseau, entre otros.

Defendí mi tesis doctoral en enero de 1957. En mayo o junio de ese mismo año se incorporó Agustín de Asís a la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de Granada, que llevaba bastantes años vacante. Agustín de Asís consiguió que se creara una plaza de Profesor Adjunto de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. (En aquellos tiempos para ser profesor adjunto había que ser doctor y superar los ejercicios de una oposición que se celebraba en la misma Facultad. El nombramiento era por cuatro años, tras los cuales, para continuar, había que superar un nuevo concurso-oposición). Como la Adjuntía de Derecho Político estaba ocupada, el profesor Sánchez Agesta, estando de acuerdo Agustin de Asís, me aconsejó que preparase los ejercicios correspondientes a la Adjuntía de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, cosa que hice. La oposición tuvo lugar en la primavera de 1958 y fui nombrado Prof. Adjunto. De esta manera pasé de Derecho Político a Filosofía del Derecho. Como el tiempo que dediqué a la primera disciplina -fundamentalmente a preparar la tesis doctoral- no fue muy dilatado, y dado el modo como enfoqué el tema de la tesis, el paso a la Filosofía jurídica no representó en absoluto un cambio brusco. Cuanto leí y estudié mientras estuve adscrito a Derecho Político me fue de gran utilidad ya en aquella época y posteriormente. Me procuró la gran ventaja que supone estar familiarizado con la historia del pensamiento filosófico-político, habiendo profundizado en unos siglos en los que, además, la filosofía política formaba unidad con la filosofía moral y la filosofía del Derecho.

Siendo ya profesor adjunto conseguí una beca del Ministerio de Educación que me permitió continuar mis estudios en la Universidad de Munich durante el curso 1958-59. A mi vuelta a Granada en el verano de 1959 se habían convocado oposiciones para cubrir las cátedras vacantes de nuestra disciplina en las Universidades de Murcia y Oviedo. Los ejercicios se prolongaron varios meses -entonces eran seis ejercicios, participamos bastantes opositores y hubo alguna interrupción- y terminaron en abril de 1960. Mariano Hurtado obtuvo la primera cátedra, y ocupó la vacante de Murcia. Yo fui propuesto para la segunda, y pasé a hacerme cargo de la de Oviedo, donde permanecí durante el curso 1960-61. A comienzos del curso siguiente, en virtud de concurso de traslado, me incorporé a la Universidad de Salamanca.

Dice usted que obtuve la cátedra muy joven. Y es verdad. Con todo, el mío no fue un caso extraordinario en aquella época. Si se consultan los datos pertinentes, se puede comprobar que en nuestra disciplina (entonces existían, si no me equivoco, catorce cátedras) fueron varios los que llegaron a la cátedra con una edad similar a la mía, e incluso uno o dos siendo más jóvenes. Obtener la cátedra tan joven representó en general una ventaja. Pero desde un punto de vista fue también un inconveniente. Pues supuso que hube de hacerme cargo inmediatamente, sin ayuda efectiva durante varios años, de la docencia en primero y quinto cursos y de otra serie de tareas como la formación de una biblioteca de la disciplina, que no existía en absoluto, la dirección de las primeras tesis doctorales, etc. Se echaba mucho de menos entonces la existencia de una figura como la de los actuales Profesores Titulares.

M.A.R.: *En su reciente contribución al libro publicado en homenaje a Luis García San Miguel usted se ha situado a sí mismo dentro de una primera generación de filósofos del Derecho que hicieron sus estudios después de la guerra civil. No hay duda de que la guerra y las condiciones políticas e intelectuales del regimen franquista introdujeron una cesura en el desarrollo normal de la filosofía del Derecho en España. ¿Cómo ve usted la relación de su propia generación con la generación anterior?*

J.D.P.: Lo esencial de lo que yo puedo decir sobre este asunto ya lo he dicho en el estudio publicado en el homenaje a Luis García San Miguel. Lo que puedo añadir ahora no pasará de glosa de lo escrito allí.

Creo que al hablar de este tema se corre el riesgo de incurrir en simplificaciones. En ciertas circunstacias o contextos es necesario y útil simplificar. Pero, siempre que se pueda, la simplificación debe ser completada con un análisis más detallado que permita una visión más amplia y más matizada de la época. Se ha repetido muchas veces que, en cuanto a nuestra disciplina, la época del régimen franquista supuso la imposición de un yusnaturalismo de corte tradicional, aislado de las corrientes filosófico-jurídicas contemporáneas; y que sólo a partir de la mitad de los años sesenta, por obra de algunos profesores de una nueva generación de filósofos del Derecho, se inició la crítica al yusnaturalismo imperante y la apertura a las tendencias contemporáneas, la normalización de la disciplina en suma. Esto es cierto; pero representa una simplificación, y debe ser matizado situándolo dentro de una visión más completa de ese período.

Para empezar, los que ocupaban las cátedras de filosofía del Derecho en los primeros tiempos del régimen de Franco no pertenecen a una generación, sino a varias. Aún utilizando el concepto de generación de forma flexible, habría que distinguir al menos dos generaciones: la de quienes ya eran catedráticos antes del inicio de la guerra civil y la de los que obtuvieron la cáte-

dra en los años de la inmediata postguerra. Y dentro de cada grupo hay que seguir distinguiendo, pues no todos fueron defensores de un yusnaturalismo de corte tradicional. Así, refiriéndonos al primer grupo, ni Luis Recaséns, ni Luis Legaz, ni Felipe González Vicén, entre otros, profesaron ese yusnaturalismo; su formación y sus publicaciones muestran que estaban al día respecto de las tendencias filosófico-jurídicas contemporáneas, y que podrían haber impulsado un desarrollo de la disciplina acorde con el despliegue de dichas tendencias. En cuanto a los integrantes del segundo grupo, tampoco eran todos yusnaturalistas; dentro de los que lo eran se pueden distinguir orientaciones diversas; además, casi todos ellos conocían bien las corrientes filosófico-jurídicas contemporáneas como se puede comprobar consultando sus tesis doctorales y otras publicaciones monográficas. De forma que un examen de lo publicado en nuestro campo durante las décadas de los años cuarenta y cincuenta muestra que no todo fue, ni mucho menos, manifestación de un yusnaturalismo de corte tradicional.

Sin embargo, es cierto que ésa fue la tendencia dominante. Este dominio fue abrumador en el ámbito de la docencia, en los cursos que se impartían y en los manuales que se utilizaban. También lo fue en lo que se refiere a la formación de nuevos profesores, ya que la aceptación del yusnaturalismo se convirtió en algo así como un requisito necesario para el acceso a las cátedras. Esta situación de dominio fue consecuencia de la guerra y de la ideología que el bando dominante impuso en la postguerra, impidiendo lo que de otro modo hubiera sido el desarrollo normal de la disciplina.

Estas afirmaciones genéricas se pueden ejemplificar y completar reparando, aunque sea muy brevemente, en la trayectoria de algunos de los catedráticos de la asignatura. De los integrantes de la primera generación que mencioné más arriba, diciendo que hubieran podido impulsar un desarrollo diferente de la filosofía del Derecho en nuestro pais, Recaséns se exilió, aunque no fue el único. Es verdad que desde 1964, aproximadamente, volvió regularmente por España y estableció algunas relaciones institucionales con la Universidad española; pero en las décadas anteriores, aunque sus escritos eran conocidos, no participó en la docencia ni en la formación de discípulos. González Vicén fue privado de su cátedra en plena guerra; en 1946 fue repuesto en la cátedra, ocupando la de La Laguna, donde permaneció ya hasta su jubilación. Su docencia allí y sus publicaciones se orientaron en una línea diferente de la dominante; pero por razones comprensibles durante bastantes años se mantuvo al margen de una serie de actividades, como la formación de discípulos y otras, a través de las cuales podía haber tenido una mayor influencia en la orientación de la disciplina. Legaz colaboró con el bando victorioso, y en algunas publicaciones trató de apuntalar doctrinalmente el nacionalsindicalismo; después evolucionó y mantuvo una posición más

independiente. Su *Introducción a la Ciencia del Derecho* de 1943 se apartaba claramente de los manuales yusnaturalistas al uso; y en sus sucesivas reediciones y reformas mostraba la perfecta información que poseía su autor de las novedades filosófico-jurídicas en todo el mundo. Varios profesores iniciaron su formación bajo su patrocinio; pero por diversas razones, en gran medida por su propio carácter, no ejerció en la marcha de la asignatura la influencia que hubiera cabido esperar.

De los siete profesores que obtuvieron la cátedra entre 1940 y 1945, aquellos que por su formación y sus convicciones podían haber orientado la filosofía del Derecho en una dirección diferente a la del yusnaturalismo neoescolástico que se estaba imponiendo (pienso, por ejemplo, en Gómez Arboleya, Lissarrague, Truyol) poco pudieron hacer en los primeros tiempos de la postguerra, dada la presión político-ideológica de entonces. Después, a partir de la segunda mitad de los cincuenta, sí que podrían haber iniciado un cierto giro en la disciplina, como el que tuvo lugar en otras. Pero entonces ocurrió que, por distintos motivos, la abandonaron. Éste fue, a mi entender, un hecho decisivo para la evolución de la filosofía del derecho en España durante los años siguientes, porque, unido a los antes aludidos, supuso que el protagonismo quedó en manos de los partidarios del mantenimiento a ultranza del *statu quo* . Todo ello explica que el cambio de rumbo en la filosofía del Derecho fuera una tarea que terminara recayendo en esa generación que ya hizo sus estudios en la Universidad de la postguerra.

M.A.R.: *Permítame que le pida que complete un poco más estas consideraciones. ¿Tendría inconveniente en hacer una breve semblanza de algunos de los profesores pertenecientes a la generación anterior con los que, por unas razones u otras, usted tuvo mayor relación? No ignoro que puede ser delicado. Pero tal vez tenga interés para los más jóvenes, y para la pequeña historia de nuestra comunidad académica.*

J.D.P.: Intentémoslo. Pero en todo caso no espere una semblanza propiamente dicha, que requeriría más espacio y más datos de los que ahora dispongo. Lo que puedo intentar hacer, apoyándome en los recuerdos que conservo, es enhebrar algunas impresiones sueltas que seguramente tendrán una utilidad muy relativa, pues son naturalmente subjetivas, y no pueden pretender ninguna otra clase de validez. Pero ¿de quién quiere que hablemos?

M.A.R.: *Empecemos, si le parece, por el profesor González Vicén.*

J.D.P.: A Felipe González Vicén lo conocí personalmente en febrero de 1963 en La Laguna cuando, aceptando su invitación, formé parte del tribunal que juzgó la tesis doctoral de su hijo Juan Luis, que versaba sobre la filosofía jurídica y política de Justus Möser. En esa ocasión, y también a invitación suya, pronuncié una conferencia en la Facultad de Derecho en la

que hablé sobre "Derecho natural e historia", un tema sobre el que trabajaba entonces. Como era de esperar, en las conversaciones que mantuvimos durante los varios dias que permanecí en la Laguna quedó bastante claro su rotundo rechazo del yusnaturalismo y, en concreto, de los intentos de cohonestar sus postulados con la aceptación de la historicidad del Derecho —aunque la cortesía le llevó a acrecentar las alabanzas y velar o suavizar las críticas.

Volví a tratar a D. Felipe en bastantes ocasiones más, tanto en la La Laguna como en Madrid. La vez en que la relación personal fue más prolongada tuvo lugar cuando ambos formamos parte del tribunal de aquellas accidentadas oposiciones que culminaron en 1974 con la propuesta de Gil Cremades y Elías Díaz para las cátedras de Zaragoza y Oviedo. En el primer ejercicio el tribunal (en el que yo me integré a última hora, como el último suplente disponible) estaba compuesto por los cinco miembros reglamentarios. Pero al final solo quedamos tres: D. Felipe, Nicolás López Calera y yo. Entretanto, durante un par de años, hubo interrupciones, provocadas, primero, por un recurso interpuesto por el profesor Elías de Tejada y, después, por el abandono del tribunal por parte del presidente. Y hubo presiones de todo tipo para impedir el desenlace que finalmente se produjo. La tranquilidad y el ánimo de D. Felipe fueron decisivos en aquel trance, aunque también es cierto que desde el principio su posición era la más sólida, la menos vulnerable, y que, por tanto, las presiones más fuertes se ejercieron sobre los flancos más débiles, que éramos Nicolás López Calera y yo.

La primera impresión que producía González Vicén era la de una persona distante, cortés pero distante. Sin embargo, si el trato se prolongaba, esa impresión se desvanecía y uno se encontraba con un hombre afable, buen conversador, que de cuando en cuando hacía uso de un humor irónico, y que en algunas ocasiones se revelaba como un gran fabulador de peripecias personales. Sin embargo, creo que respecto de sus compañeros de cátedra sí que mantuvo una actitud conscientemente distante. Tengo la impresión de que quiso mantenerse aparte. De hecho se encontró siempre más a gusto, más participativo, con los integrantes de las nuevas generaciones de filósofos del Derecho.

También por su pensamiento filosófico-jurídico, por su obra, González Vicén representa un hito singular en el panorama de la filosofía jurídica española de entonces. No sólo por su antiyusnaturalismo, que también, sino además por la temática que cultivó y por la posición doctrinal que mantuvo. Era fácil percibir algunos rasgos que destacaban en su personalidad como filósofo del Derecho: el rechazo sin compromisos del yusnaturalismo, la atracción que sentía por el pensamiento historicista y la facilidad y fluidez

con que manejaba en sus fuentes originales el pensamiento de los siglos XVIII y XIX, sobre todo el alemán.

Su obra escrita no es muy extensa, pero sí de gran calidad, extremadamente cuidada y sólidamente documentada. En su mayor parte es de carácter historiográfico: aparte de su estudio sobre Kant, se ocupó sobre todo del paso histórico del yusnaturalismo al positivismo y de una serie de tendencias y autores encuadrables dentro de la gran corriente positivista. Son muy pocos los escritos en que expresa su propio pensamiento, aunque éste va quedando expuesto aquí y allá en sus publicaciones de naturaleza historiográfica. La suya es una concepción positivista, si llamamos positivista a toda posición antiyusnaturalista. Pero se trata de un positivismo difícilmente encasillable en alguna de las corrientes más conocidas, ya que el rasgo más destacado de su manera de entender el Derecho es el historicismo.

De todos modos me gustaría añadir que el historicismo de González Vicén adquiere en ocasiones perfiles que parecen contrapuestos. Unas veces resulta compatible con un individualismo liberal que coloca por encima de todo la persona individual y su conciencia. Esto se aprecia, además de otros trabajos suyos, en su conocido estudio de 1979 sobre la obediencia al Derecho en el que, como es sabido, afirma que mientras que no hay un fundamento moral para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para la desobediencia. En otras ocasiones, sin embargo, parece profesar un historicismo idealista conforme al cual en el Derecho de cada época se manifestaría una racionalidad y un "ethos" más valiosos que los variables intereses y fines de los individuos. Se ha dicho a veces que esta forma de pensar correspondería a una primera etapa en la evolución de su pensamiento. Pero yo creo que está también presente en su pensamiento último. En este sentido puedo referirme a uno de sus últimos manuscritos: unos pocos folios mecanografiados que envió a los organizadores de las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social que se celebraron en Alicante en diciembre de 1987 para que se leyeran en el homenaje que se le iba a tributar en ese marco. En ese curioso documento de autointerpretación confiesa: "Desde un principio, hace ya años, se me hizo difícil asentir a esta "utopia liberal", que veía en el Derecho sólo la organización de la fuerza y el asentamiento de los pilares de la convivencia. Para mí el Derecho era algo más que la organización o la satisfación de finalidades humanas contingentes; es una fuerza histórica que los hombres manejan, como manejan otras, sirviendo así para cumplir el fin de la humanidad, más allá de toda teología o moralidad al uso". Creo que sería muy pertinente que se realizara un estudio amplio, una tesis doctoral tal vez, en el que se aclarara este y otros aspectos del pensamiento filosófico-jurídico de González Vicén.

En todo caso, no cabe duda de la fecundidad de su obra. De hecho ha dado lugar a dos de las más amplias polémicas doctrinales que se han registrado en el ámbito de la reciente filosofía práctica en España. La primera se originó con la publicación en 1969 de su trabajo sobre "La filosofía del Derecho como concepto histórico": su tesis de que la filosofía del Derecho es un modo de saber que sólo surge con el declinar del yusnaturalismo se ha discutido y sigue discutiéndose en numerosas publicaciones, y también en muchísimas "Memorias " de cátedra y "Proyectos docentes". La segunda polémica, más llamativa y más reciente, es la que provocó su estudio de 1979, antes aludido, sobre la obligación moral de obediencia al Derecho, que ha producido ya una literatura bastante considerable, sobre la que incluso existe alguna tesis doctoral.

M.A.R.: *¿Y el profesor Legaz? ¿Cuál fue su relación con él? Ocupó durante muchos años la Presidencia de nuestra Sociedad, pero ¿qué papel cree usted que desempeñó en la filosofía del derecho española?*

J.D.P.: A Luis Legaz lo conocí en las sesiones del congreso sobre "Derecho y Paz" que se celebró en Madrid, en octubre de 1964, organizado por la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social que él presidía. Después, gracias a su intervención, el Instituto de Estudios Europeos A. Rosmini me invitó a participar en unas jornadas en Bolzano en noviembre de 1968, que versaron sobre el tema "Historicidad o relativismo: alternativa de la conciencia europea", aunque el propio Legaz finalmente no pudo asistir. Volví a encontrarme con él en Bruselas en 1971 en el congreso sobre "El razonamiento jurídico", organizado por la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR). Nuestra relación personal fue más prolongada e intensa con motivo también de otro congreso patrocinado por la IVR, que se celebró en Madrid en 1973. Estaba previsto que los congresistas dedicaran un día a visitar la Universidad y la ciudad de Salamanca, y eso requirió una serie de gestiones que realicé conjuntamente con él.

He dicho lo que antecede para destacar un aspecto de su personalidad que tiene para mí un claro valor sintomático: Legaz fue un asiduo participante en los congresos y jornadas nacionales e internacionales de nuestra disciplina y de disciplinas afines. Pero esto, como digo, es sólo una manifestación parcial de la forma como, en general, asumió la tarea de profesor de filosofía del Derecho. Puede decirse que de todos sus colegas fue el que de forma más intensa y participativa se dedicó a profesar nuestra disciplina. Si me permite expresarlo así, fue el más "profesional" de todos los de su generación.

Hay que recordar que fue Presidente de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social desde su fundación en 1963 hasta su muerte; pues fue ya después de ésta, en 1982 si no me equivoco, cuando se eligió como

nuevo Presidente a Agustín de Asís. También fue miembro del Präsidium de la IVR. Y, después de unos primeros años en que lo dirigió Enrique Gómez Arboleya, fué Director del Anuario de Filosofía del Derecho hasta que dejó de publicarse en 1977. El desempeño de estos cargos, entre otras razones, le exigió y le permitió conocer y mantener un contacto permanente con los más destacados filósofos del Derecho de diversos paises: Italia, Austria y Alemania, Bélgica... Por eso, y por su dedicación continua, Legaz siempre se mantuvo al corriente de las últimas novedades bibliográficas y movimientos doctrinales en nuestra disciplina. Eso hacía que no supusiese para él un gran esfuerzo participar en reuniones y congresos, o en publicaciones colectivas, con conferencias, ponencias o artículos sobre muy diversos temas. En otra ocasión ya he llamado la atención sobre el hecho de que en 1975, cuando en el número 15 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* gran parte de los profesores españoles de filosofía del Derecho expusieron su punto de vista sobre el sentido y la temática de la disciplina, de los catedráticos de antes de la guerra y de los que lo fueron en la inmediata postguerra sólo él y Luis Recaséns aportaron su colaboración.

Estos rasgos de su personalidad como profesor se manifiestan también en su obra escrita, que es muy amplia: quizá una docena de libros y bastantes más del centenar de artículos de revista o contribuciones similares. Llama la atención un dato: que la mayoría de los trabajos se centran en la temática contemporánea de la filosofía del Derecho; aunque bastantes son de naturaleza historiográfica, o inciden en disciplinas afines, son muchos más los que versan sobre diversas cuestiones filosófico-jurídicas, tratadas siempre con profundidad y con una amplia información de la actualidad doctrinal. Esto último se pone de manifiesto llamativamente en su obra más importante, su *Filosofía del Derecho*, que inicialmente se publicó en 1943 con el título de *Introducción a la Ciencia del Derecho,* y que tuvo numerosas reediciones y revisiones**.** Esa obra se presenta como un libro para la enseñanza, pero supera ampliamente los límites de un manual para alumnos universitarios; en realidad se trata de un amplio tratado sistemático de nuestra disciplina. No soy el primero en destacar la singularidad de esta obra en el panorama de la filosofía jurídica española de su época; creo que sólo le es parangonable el *Tratado* de Recaséns, algo posterior, que carece, sin embargo, de la información y el apoyo bibliográfico de la obra de Legaz. Hay dos rasgos que me parece que caracterizan bien esta obra: en primer lugar, lo que podemos llamar su voluntad de sistema, de tratar todos los temas más importantes de la filosofía del Derecho y de hacerlo siguiendo un orden comprensible; en segundo lugar, la amplísima información en que se basa, pues respecto de cualquier cuestión se cita y se valora un altísimo número de aportaciones doctrinales, incluidas las más recientes.

Algunas veces me he preguntado por las razones que pueden explicar que Legaz no haya dejado una huella mayor en nuestra filosofía jurídica contemporánea: que no haya más trabajos que estudien su pensamiento, que no haya tenido más discípulos etc.. Conozco la tesis doctoral de Jesús Primitivo Rodríguez sobre su filosofía política, y algunos otros trabajos menores; pero en la obra de Legaz hay materia para varios estudios de envergadura. Buena parte de la explicación puede que se encuentre en nuestra tendencia a no considerar digno de estudio y de debate el pensamiento de nuestros compatriotas. Pero, además de ésta, creo que pueden apuntarse otras razones explicativas. Para empezar, tal vez su misma posición política: inicialmente Luis Legaz colaboró doctrinalmente con el regimen franquista, después adoptó una línea más independiente, quedando por último en una posición que no estaba decididamente ni con unos ni con otros. También ha podido influir el carácter de su obra, de su pensamiento, en ocasiones marcadamente sincrético; su mismo afán de dar cuenta y de tener en cuenta los más diversos autores y corrientes doctrinales fué, tal vez, un obstáculo para articular de forma más enérgica una doctrina propia en la que destacaran unas tesis claras y relativamente originales. En cuanto a los discípulos fueron bastantes, o muchos, los que iniciaron sus estudios de filosofía del Derecho con él, o elaboraron su tesis doctoral bajo su dirección; pero el carácter de Legaz, afable, pero tímido y más bien retraído, no era el más adecuado para participar decididamente en la pugna, a veces dura y no demasiado escrupulosa, por la asignación de las plazas académicas.

M.A.R.: *Terminemos, si le parece bien, con Francisco Elías de Tejada, una figura muy controvertida, que durante años jugó un papel muy destacado —y yo creo que bastante perturbador— en la vida institucional de nuestra pequeña comunidad, y con quien usted tuvo relaciones particularmente difíciles.*

J.D.P.: Bastantes profesores de filosofía del Derecho de mi generación y muchos más de las siguientes consideran al Prof. Elías de Tejada como a quien durante años dispuso a su antojo de las cátedras de la disciplina, atribuyéndolas a sus discípulos y amigos, y negándolas a los demás, sobre todo si no defendían el yusnaturalismo tradicional, y dominando de este modo la filosofía jurídica española hasta el final del franquismo. Esta imagen contiene un núcleo de verdad; y es comprensible que sea la que se ha transmitido entre los integrantes del gremio filosófico-jurídico. Pero creo que debe ser matizada y completada.

A Elías de Tejada lo traté más, y más intensamente, que a los demás catedráticos de su generación, por lo que puedo hablar de los muy peculiares rasgos de su personalidad, aunque al hacerlo no sea original, pues ya otros se han referido a los mismos, en particular Miguel Ayuso en la tesis docto-

ral que dedicó a su obra (en la que ignora, por cierto, la faceta a la que he empezado refiriéndome). Así, es verdad que fué un políglota excepcional: dominaba muchos idiomas, entre ellos, por supuesto, todos los requeridos para comprender y estudiar sin intermediarios las distintas tradiciones filosófico-jurídicas. También fue un viajero infatigable. Y como estaba dotado de una gran curiosidad intelectual y de mucho más que suficientes recursos económicos, fue formando una biblioteca que llegó a ser asombrosa, mucho mejor dotada que la de cualquiera de los departamentos universitarios que yo conocía. Además recordaba perfectamente la situación de cualquier libro o folleto en su biblioteca, y siempre estaba dispuesto a facilitarle a uno su manejo. Pues una cualidad que le distinguía era la generosidad, incluída la generosidad en cuanto al tiempo que estaba dispuesto a dedicar a los demás. Era hombre de una extraordinaria vitalidad y de una capacidad de trabajo pasmosa, extrovertido y gran conversador. También era radical en las ideas y extremadamente tenaz y combativo, de una combatividad únicamente paliada por su completa falta de doblez.

Su obra escrita es ingente ya por su cuantía, pues comprende varios cientos de contribuciones entre libros, artículos y folletos. Su temática, además, es muy dispar como revela el mero enunciado de algunos títulos que me vienen ahora a la memoria: desde estudios de carácter sistemático, como la *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, a investigaciones histórico-filosóficas de temática tan variada como *El hegelismo jurídico español*, *Las doctrinas políticas de la Baja Edad Media inglesa* y *La filosofía del Derecho y del Estado en Rumanía,* hasta estudios historiográficos de la envergadura de los cuatro volúmenes sobre el *Nápoles Hispánico*. En muchísimos casos se trata de trabajos en los que se pone de manifiesto una gran erudición, apoyada en un ingente caudal de lecturas. Es asombroso que un hombre que viajó tanto, y que emprendió tantas otras actividades, dispusiese aún de tiempo para procurarse una información tan amplísima y variada. Lamentablemente no se encuentra en sus escritos un desarrollo sistemático, suficientemente completo y articulado, y relativamente original de la temática iusfilosófica.

Estas características de su obra se ven muy bien reflejadas en su trabajo más importante en nuestro campo, el *Tratado de Filosofía del Derecho,* del que sólo llegaron a publicarse los dos primeros volúmenes en 1974 y 1977. Se trata de una obra verdaderamente sorprendente. Son dos grandes libros que suman unas mil doscientas páginas de apretada tipografía, que contienen sólo cinco breves lecciones en las que su autor, de forma clara y didáctica, expone cuáles son a su juicio los distintos tipos del saber jurídico en el marco del saber humano en general y sus modalidades. Sin embargo, la casi totalidad del espacio lo ocupan setenta y tantas glosas que vienen a ser otros

tantos capítulos de una historia de las relaciones entre ciencia y filosofía y de la configuración del saber jurídico. Muchas de estas glosas constituyen excelentes estudios monográficos sobre determinados autores o épocas en relación con la temática señalada. Es sorpredente el contraste entre las sucintas lecciones y el ingente alarde historiográfico que constituyen las glosas. Y es que lo verdaderamente valioso de la aportación del Prof. Elías de Tejada es su obra historiográfica, sus numerosos estudios de historia de las ideas jurídicas y políticas. En lo que se refiere al sistema de filosofía del Derecho, se declaró siempre defensor del yusnaturalismo de santo Tomás, tal como fué desarrollado por los juristas de nuestro siglo de oro, frente al yusnaturalismo moderno de raíz protestante y frente al positivismo. En el plano de la filosofía política profesó con toda decisión el tradicionalismo, lo que no deja de ser llamativo en plena mitad del siglo XX en un filósofo del Derecho tan bien informado como él.

Hacia mediados de los años sesenta Elías de Tejada volcó muchas de sus energías en las oposiciones que se celebraban para dotar las cátedras vacantes, y durante una década aproximadamente hizo cuanto pudo para dominar las decisiones de los correspondientes tribunales. Creo que es importante la cuestión de la época. A mi modo de ver antes de la fecha señalada Elías de Tejada, que siempre fué muy activo organizando conferencias, congresos, iniciativas editoriales, etc. para la difusión de sus ideas, no manifestó mayor interés, ni realmente tuvo mayor influencia en la cuestión de las cátedras que la que tuvieron otros catedráticos de la disciplina. Cuando se propuso controlar el desarrollo de las oposiciones fué en una época tardía en la evolución del regimen franquista, en la que ya se había producido una cierta liberalización cultural y contaban una serie de candidatos al profesorado cuya formación y concepción de la filosofía del Derecho no se ajustaban al modelo que se consideró ortodoxo. Pero, como ya le he dicho, justamente por entonces ya habían salido del ámbito de la filosofía del Derecho algunos profesores que habrían podido contribuir de forma decisiva a ponerla en sintonía con los tiempos. En ese momento Elías de Tejada intervino haciendo uso de toda su combatividad y utilizando como criterio la adhesión al yusnaturalismo tal como él lo entendía. Sin embargo, tampoco usó este criterio de forma regular, con imparcialidad, pues en varias ocasiones opositores que sin duda eran yusnaturalistas fueron postergados en favor de otros por razones puramente subjetivas. Durante unos años su intervención produjo grave trastorno y desconcierto en la marcha de la disciplina, y perjuicios importantes a una serie de personas. Después se produjo un movimiento de oposición que frenó su influencia, y en el que jugaron un papel decisivo algunos profesores que a veces se incluyen indiscriminadamente en una pretendida “escuela” del Prof. Elías de Tejada. Es significativo en este sentido

que, en el marco de las tensiones que se produjeron, con quien primero se enemistó abiertamente Elías de Tejada fué con Agustín de Asís, su primer y verdadero discípulo directo; le siguió en el turno Mariano Hurtado y, por último, Nicolás López Calera y yo con motivo de las oposiciones de 1974 a las que aludí antes cuando me referí a la intervención que en ellas tuvo el profesor González Vicén.

M.A.R.: *Usted se educó como filósofo del Derecho en un clima fuertemente dominado por un yusnaturalismo de corte muy tradicional. En 1964 publicó en los* Anales de la Cátedra Francisco Suárez *un extenso artículo sobre "Derecho, Historia, Derecho Natural", que, si no me equivoco, se inscribía en un contexto de problemas suscitado por el fenómeno del renacimiento del yusnaturalismo tras la segunda guerra mundial. En su Lección Inaugural del curso 1982/83 vuelve usted sobre el tema, haciendo una especie de balance sobre la tradición del yusnaturalismo. ¿Cuál cree que es la contribución del yusnaturalismo a la filosofía del Derecho? ¿Cómo ve su propia relación con esa tradición?*

J.D.P.: Efectivamente, como correspondía a la época, mi formación como filósofo del Derecho tuvo una clara orientación yusnaturalista. Supuso un conociminto bastante profundo de la tradición del Derecho natural, especialmente de la tradición premoderna, aunque a varios de los autores del yusnaturalismo racionalista los había leído antes. Posteriormente fuí sometiendo a revisión las convicciones de entonces, tomando en consideración las objeciones que implicaba la filosofía jurídica dominante en los siglos XIX y XX. Las publicaciones a que usted se refiere fueron, en buena medida, fruto de ese reexamen, aunque entre ellas hay claras diferencias. En la de 1964 indagaba cómo el Derecho natural, que concebía como distinguible del positivo, podía ser compatible con la historicidad del hombre y de la cultura. En la lección de 1982, aunque de forma muy sintética, se pone manifiesto una concepción diferente, conforme a la cual el mantenimiento de lo que hay de válido en la tradición yusnaturalista no requiere salvar el dualismo Derecho natural/Derecho positivo.

Del legado del yusnaturalismo creo que hay que destacar dos contribuciones de valor permanente. En primer lugar, el universalismo moral, enraizado en definitiva en su racionalismo. Es decir, la idea de que la rectitud o validez de los juicios morales no está subordinada a factores tales como la raza, las tradiciones culturales, etc.; y que, por tanto, con todas las condiciones y cautelas que se quiera, tiene sentido el intento de fundamentar principios morales universalmente válidos. En segundo lugar, la idea de una conexión necesaria entre Derecho y Moral, en el sentido de que la cuestión de la justicia no es sólo una cuestión externa al orden jurídico, sino también interna. Puesto que la pretensión de rectitud, de justicia, es inherente a las

normas del Derecho, hay que entender la práctica jurídica, al menos en parte, como búsqueda de lo justo; eso sí, de acuerdo con las circunstancias y los condicionamientos institucionales pertinentes. Además de las anteriores, se pueden señalar también otras contribuciones del yusnaturalismo de carácter y valor históricos. Así, por ejemplo, la sistematización de la materia jurídica que se llevó a cabo en el proceso codificador y, en parte también, en la estructuración de la dogmática jurídica continental, se debe en buena medida a la labor del yusnaturalismo racionalista. Y nadie niega que la idea misma de derechos humanos se gestó también en la matriz yusnaturalista.

Ahora bien, el mantenimiento de lo que tiene valor permanente de la tradición yusnaturalista no requiere mantener también la terminología, ni la metodología, ni siquiera todos los presupuestos filosóficos del yusnaturalismo. En mi opinión se puede expresar utilizando el enfoque y los instrumentos de la filosofía contemporánea. Creo que es inutil intentar hacer valer hoy en sus propios términos teorías formuladas siglos atrás y que han quedado sobrepasadas por el proceso de discusión filosófica. Considero que en relación con ellas lo que se debe hacer es buena historiografía, que permita comprender el papel que desempeñaron en su momento y distinguir los elementos condicionados por el tiempo histórico de las ideas de valor permanente.

M.A.R.: *¿No cree usted que el hecho de que el régimen franquista hiciera del yusnaturalismo tradicional una doctrina oficial ha sido entre nosotros un obstáculo para una relación libre de prejuicios y de tensiones con la teoría del Derecho natural? Más aún, ¿no cree que ha impedido un trato sereno con nuestra propia tradición yusnaturalista, por lo demás tan brillante en los siglos XVI y XVII?*

J.D.P.: Creo que, en efecto, así fue. Durante toda aquella época la polémica a propósito del yusnaturalismo estuvo viciada por prejuicios, por previas tomas de posición de carácter político. Si los partidarios del régimen profesaban el yusnaturalismo, era en buena medida porque formaba parte de una tradición con la que la ideología dominante afirmaba que se debía anudar. Y los que se oponían al regimen lo rechazaban por lo mismo: porque lo consideraban un elemento integrante la trama cultural con el que el regimen pretendía justificarse; y ello aunque en la mayor parte de los casos sus ideas sobre el Derecho no fueran claramente positivistas. Casi nunca se planteó la polémica en los términos adecuados, es decir, como una discusión sobre la capacidad explicativa de ambos enfoques, yusnaturalismo y positivismo jurídico; sobre cuál de ellos permite una comprensión más cabal del orden y la práctica jurídicos como parte del conjunto del orden social.

De todas maneras, aunque en España durante el régimen franquista la polémica sobre el yusnaturalismo sufriera esa especial deformación a la que

ya he aludido, creo que tampoco fuera de nuestro pais se desarrolló casi nunca de modo ejemplar. En términos generales, durante el pasado siglo XX yusnaturalistas y positivistas se combatieron tomando cada bando como blanco de sus críticas, no la teoría del contrario fielmente reproducida, sino una caricatura o, al menos, una simplificación de la misma, de forma que, en cierto modo, se criticaban construcciones teóricas confeccionadas *ad hoc* para resaltar y definir mejor las tesis propias. Por poner algún ejemplo, baste recordar, del lado del positivismo, la imagen de la doctrina del Derecho natural que dibujaba Kelsen en su monografía de 1928, en la que contraponía los fundamentos filosóficos de ambas teorías: según él los defensores del yusnaturalismo concebían el Derecho como un "sistema normativo estático" en el que a partir de un primer principio, cuya justicia se estimaba evidente, se derivaban por pura deducción racional todos los restantes preceptos del sistema. O la simplificación en que incurría el propio Hart cuando afirmaba que el yusnaturalismo en general mantenía un concepto restrictivo de Derecho en cuanto que, según dicha doctrina, cualquier norma injusta dejaba de ser jurídica. En ambos casos se simplificaban doctrinas históricas mucho más sutiles. Pero del lado del yusnaturalismo también se pueden acumular los ejemplos: baste mencionar, como emblemático, la imagen que muchos yusnaturalistas presentaban del positivismo jurídico en general como una teoría cómplice de los regímenes tiránicos, en concreto como una teoría que en parte fue responsable de los horrores del nacionalsocialismo.

Volviendo a la España de la época franquista, dado como se planteó la polémica sobre el Derecho natural, es lógico que la consideración de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVI y XVII se encontrara en el centro de la misma. Unos la exaltaron retóricamente y le dedicaron numerosos estudios —entre los que hay de todo. Y otros la menospreciaron o, al menos, la ignoraron y orientaron los trabajos sobre la historia de nuestro pensamiento jurídico y político hacia otras épocas. Hace ya tiempo que se restableció el clima necesario para una valoración ecuánime de la obra realizada por aquel conjunto de teólogos y juristas. Y en ese clima la mayoría de los estudiosos reconoce la gran importancia de su aportación en el conjunto de la historia del pensamiento jurídico y político de Occidente.

Pero, como he dicho anteriormente, creo que ese reconocimiento no debe traducirse en un intento de trasplantar a nuestro tiempo construcciones teóricas que tuvieron sentido y cumplieron su papel en otra coyuntura histórica. Lo que hay que hacer es, ante todo, es poner de relieve, mediante los estudios pertinentes, ese sentido y ese papel histórico. Existen ya bastantes y bastante buenos trabajos de este tipo. Quizá se eche de menos uno de conjunto, a la par que bien documentado, que haga un balance de la signifi-

cación histórica de la Escuela. Un estudio así tendría que tener en cuenta y valorar tanto el punto de vista de quienes la consideran negativamente por haberse apartado de la ortodoxia del sistema tomista, como hacen Michel Villey o John Finnis por citar algún nombre, como el de quienes la ignoran y consideran que la filosofía jurídica y política moderna arranca sin precedentes con Grocio o Hobbes. Además de lo anterior, también tiene sentido rescatar aquellas ideas o planteamientos cuyo valor transciende la coyuntura histórica para continuarlos, pero reelaborándolos en términos actuales. En esta línea me gustaría llamar la atención sobre la renovada importancia que cobra la elaboración de un Derecho de Gentes en la actualidad. En el siglo XVI los teólogos y juristas españoles respondieron a los desafíos que trajo consigo la apertura del horizonte histórico-geográfico sentando las bases del Derecho de Gentes. Hoy día, de nuevo, éste está llamado a constituir una parte sustancial de una teoría de la justicia a la altura de las circunstancias presentes, ya que la dimensión de los problemas más relevantes hace que cada vez resulte más insatisfactoria una teoría de la justicia que se circunscriba al ámbito de la comunidad política estatal.

M.A.R.: *Uno de los focos más importantes de su trabajo lo constituye el desarrollo del positivismo jurídico en el siglo XX; en particular el pensamiento de Kelsen, Ross y Hart. Sus últimos cursos de Filosofía del Derecho en Salamanca se ocupan precisamente de ese desarrollo. ¿Cuáles cree usted que son las principales contribuciones de esa línea de pensamiento?*

J.D.P.: Desde hace algún tiempo el curso que explico a los alumnos del último año de la Licenciatura versa, en efecto, sobre el desarrollo, las vicisitudes, y la crisis del positivismo jurídico en el siglo XX, y se centra, fundamentalmente, en una exposición comparativa del pensamiento de Kelsen, Ross y Hart. Pretende mostrar las posibilidades y los límites del positivismo jurídico. Creo que un estudio de este tipo es un buen modo de conseguir que los alumnos de quinto curso capten y reflexionen sobre las pretensiones y los problemas de la filosofía del Derecho.

El positivismo jurídico —que obviamente es una amplísima corriente, internamente diversificada— puede entenderse, al menos en parte, como la teorización de la práctica jurídico-política propia del Estado moderno, una vez que éste alcanza su consolidación. Cuando eso ocurre, se pone de manifiesto la creciente diferenciación que se ha ido produciendo entre los órdenes normativos sociales, y hasta qué punto el Derecho, como instrumento básico del poder del Estado, ha quedado desvinculado de otras normatividades como la religión, las tradiciones sociales y la moral. El positivismo jurídico es la teoría que pretende explicar el Derecho como un orden normativo autosuficiente, suceptible incluso de constituirse en objeto de un conocimiento científico propio, al margen de valoraciones morales,

consideraciones de oportunidad política, etc. En el despliegue de ese intento los autores positivistas han llevado a cabo un análisis de la estructura interna y del funcionamiento del orden jurídico como no se había realizado en épocas anteriores. En eso radica su gran mérito y constituye una aportación irrenunciable y que debe ser continuada.

Ahora bien, a veces ocurre que la reflexión teórica sobre las prácticas sociales terminan presentándolas como si estuvieran dotadas de un grado de sistematicidad y autoconsistencia, de autofundamentación, mayor del que en realidad tienen. Esto, que suele darse también respecto de otros sectores de la vida social, creo que ha ocurrido a propósito del Derecho, de la práctica jurídica. Y en eso radica la limitación del positivismo jurídico en cuanto explicación filosófica del Derecho: en que al pretender presentar la práctica de los actores jurídicos y de los estudiosos del Derecho como si estuviera dotada de un sentido propio completamente independiente de consideraciones morales y políticas no permite una comprensión adecuada del fenómeno.

Aunque el positivismo es ya la teoría jurídica dominante en el siglo XIX, el curso que explico se refiere más bien a su desarrollo en el siglo XX. Lo hago así, primero por razón del tiempo disponible, pero, sobre todo, porque es en el siglo pasado cuando el positivismo jurídico alcanzó un mayor grado de articulación teórica. Como he dicho, centro la explicación en la obra de Kelsen, Ross y Hart porque, a mi juicio, representan las alternativas fundamentales que se han producido a lo largo del pasado siglo XX: no sólo las que mayor influencia han tenido, sino además las que presentan perfiles teóricos más definidos. Kelsen, que sustenta una concepción normativista, influída por el neokantismo, entiende el derecho como una construcción de la ciencia jurídica, que él quiere concebir como una ciencia normativa rigurosamente depurada de residuos sociológicos, morales e ideológicos. Ross defiende, en cambio, una concepción empirista, dentro de la cual el derecho se ve más bien como un fenómeno social que debe abordarse con las herramientas metodológicas de las ciencias empíricas. El caso de Hart es algo diferente, porque la adopción de un enfoque derivado de la filosofía del lenguaje le permite rescatar el carácter específicamente normativo del lenguaje y la práctica jurídica, sin dejar de contemplarlos como vinculados a prácticas sociales complejas.

Cada una de las tres doctrinas tiene sus puntos débiles y sus limitaciones. Un normativismo estricto, conducido con pureza metódica, llevaba a Kelsen formalizar la noción de deber, reduciéndolo a una pura forma mental que habría de permitir a los juristas conceptuar como jurídica cualquier relación política de dominio que fuera eficaz. El reduccionismo empirista impidió a Ross ofrecer una concepción aceptable sobre la normatividad del derecho y sobre los enunciados normativos, que son parte sustancial del lenguaje jurí-

dico. El enfoque de Hart permite sortear esta dificultad: en la recuperación de un ámbito propio para la normatividad del Derecho frente al reduccionismo empirista se acerca a Kelsen; pero sin la rigidez de la de Kelsen, entre otras razones porque le es completamente ajeno el propósito kelseniano de fundamentar una pretendida ciencia jurídica rigurosa. Su forma de utilizar el análisis del lenguaje para afinar la comprensión de nuestras formas de vida, de nuestras prácticas sociales, le permite elaborar una teoría que rechaza reducir el Derecho a mera técnica de regulación del uso de la fuerza, pero se mantiene firme en la ortodoxia positivista al negar cualquier tipo de conexión necesaria con la moralidad.

El curso se ocupa detenidamente de esos tres autores, y trata de organizarlos de forma que salga a la luz la relación polémica en que se encuentran sus respectivos enfoques. Con ello intento de paso hacer un balance sobre el positivismo a finales del siglo XX. Pero, como ve, el estudio es fragmentario, y no se ocupa de forma independiente de algunos autores muy importantes: por ejemplo, de Bobbio. A Bobbio lo tengo en cuenta, y repetidamente aludo a sus puntos de vista y los comento. Si no lo hago objeto de una consideración aparte, es porque, a mi modo de ver, no expone una teoría jurídica sistemática basada en una opción filosófica diferente de las tres aludidas.

M.A.R.: *Permítame que prolongue un poco más el tema. En la actualidad parece admitirse de forma general que el positivismo jurídico ha entrado en una seria crisis. ¿Cuáles cree usted que son los factores principales de esa crisis? Por lo demás, ¿cree que se trata aquí de un nuevo retorno del derecho natural, o más bien de que la vieja alternativa "o positivismo o yusnaturalismo" está empezando a ser inservible?*

J.D.P.: Es verdad que últimamente el positivismo jurídico se encuentra en una situación de crisis, sometido a un proceso muy amplio de crítica, del que me parece que no podrá salir sin modificar algunas de las tesis básicas que lo definen como corriente filosófico-jurídica. A mi juicio la causa no se encuentra en las objeciones que períodicamente han venido formulando contra él los diversos rebrotes del yusnaturalismo, sino, ante todo, en un proceso de autocrítica, engrendrado en el interior del movimiento positivista, en el que varios de sus representantes más reconocidos han sometido a polémica las respectivas posiciones. Este primer factor se ha visto potenciado por las discusiones promovidas por un conjunto de teóricos que, sin ser yusnaturalistas, tampoco comparten plenamente el núcleo doctrinal del positivismo; pienso en autores como Lon Fuller, Robert Alexy, Carlos Nino y Ronald Dworkin entre otros.

Estas razones, relativas al desarrollo interno de la teoría del Derecho, han encontrado un apoyo decisivo en otras determinadas por ciertos rasgos

del contexto jurídico-político imperante en los países occidentales en el último medio siglo. En las últimas décadas hemos asistido a la generalización de una forma de Estado en la que los textos constitucionales han positivizado el ideal ético-político de los derechos humanos a través de normas redactadas (muchas veces inevitablemente) de forma muy abstracta, suceptibles de interpretaciones diversas y conflictivas. Al mismo tiempo se ha institucionalizado también de forma general la protección jurisdiccional del orden constitucional, incluso frente a las variaciones legislativas. Todo esto ha dado lugar, entre otras cosas, a una práctica jurisdiccional que ha puesto al descubierto algo que en períodos anteriores quedaba más velado, a saber, el importante papel que en la argumentación de los actores jurídicos juegan los llamados principios del Derecho, muchos de los cuales poseen, claramente, naturaleza moral.

Un punto de inflexión decisivo en este proceso de crítica y autocrítica del positivismo jurídico lo marcó la obra de Hart. (Entre paréntesis me gustaría decir que me sorprendió la confesión que hizo en la primera página del *Postscript* que acompaña a la segunda edición de *El concepto de Derecho,* de que escribió el libro pensando en los estudiantes de Licenciatura; la sorpresa inicial se atempera luego, cuando uno cae en la cuenta de que se trata, en efecto, de un libro cuya densidad temática y las muchas novedades doctrinales que incorpora quedan en parte ocultas por un modo de exposición que hace muy fácil y agradable la lectura). Pero volvamos a lo que decía sobre el conjunto de su obra. Aunque nadie pone en duda que Hart fue hasta el final un firme defensor del positivismo, y en particular del que consideraba, con razón, su postulado central -la separación estricta entre Derecho y Moral-, lo cierto es que varias de las novedades teóricas que aportó dieron lugar a que comentaristas y críticos emprendieran polémicas en las que ese mismo postulado terminó poniéndose en cuestión. Vista retrospectivamente, e incurriendo en una cierta exageración, podría decirse que la obra de Hart ha sido para el positivismo jurídico una especie de caja de Pandora, pues ha abierto a los críticos algunos de los flancos más vulnerables del positivismo.

Para ser breve sólo recordaré alusivamente dos de esos frentes polémicos, por lo demás bien conocidos. En primer lugar, el suscitado por la insistencia de Hart en la prioridad del punto de vista interno para comprender como operan las normas en la práctica social. Esa insistencia estaba llena de buen sentido. Ahora bien, el punto de vista interno implica la aceptación de las normas; y eso, a su vez, supone entre otras cosas la disposición a justificar nuestra conducta apelando a las mismas. Esta doctrina de Hart dio lugar a que algunos pusieran de relieve que la pretensión de rectitud, de legitimidad, es algo inherente a las normas del Derecho, y a que destacaran el papel de las mismas como fundamento de juicios de deber que implican

exigencias que han de primar sobre los intereses particulares. Todo ello hizo que terminara planteándose la pregunta de si estas características de la normatividad jurídica pueden explicarse desde una concepción del Derecho positivo como un orden autosuficiente, cerrado en sí mismo, o requieren más bien una concepción diferente que admita su conexión con la moral.

El segundo de los frentes polémicos abiertos por Hart tiene que ver con su inequívoca aceptación del carácter incompleto del sistema jurídico, de la existencia de lagunas, y su doctrina de que en tales supuestos el juez debe actuar discrecionalmente echando mano de pautas extrajurídicas. Ahora bien, una vez que se admite que las leyes no dan todas las respuestas que necesitan los jueces en su práctica normal, es inevitable preguntarse por qué han de considerarse como extrajurídicas las pautas a las que recurren en ausencia de ley claramente aplicable, y por qué no más bien como parte del Derecho vigente. Eso induciria a abandonar el concepto del mismo como un sistema bien definido de reglas, que resulta ser un concepto estrecho, inadecuado. Como es sabido, éste es el frente por el que se orientó inicialmente el ataque de Dworkin, al poner de relieve el papel de los principios morales en la práctica jurisdiccional.

En suma, anudando con lo que dije al principio, el hecho es que por las causas apuntadas, y tal vez también por otras que en este momento se me escapan, en los últimos quince o veinte años se ha venido desarrollando un diálogo polémico de teóricos positivistas entre sí, y con otros que no se consideran rigurosamente tales, en el que las tesis distintivas del positivismo jurídico se han ido analizando, refinando, y finalmente minimizando. En esta tesitura algunos autores defienden un positivismo "incluyente" o "flexible", que otros critican; mientras que varios sostienen teorías claramente postpositivistas. Es difícil saber como terminará este proceso crítico. De todas maneras, respondiendo a la última parte de su pregunta, lo que sí me parece seguro es que no se producirá una vuelta al yusnaturalismo. El yusnaturalismo nunca ha sido una verdadera alternativa al positivismo jurídico, pues la historia no transcurre en vano. El yusnaturalismo constituyó una modalidad de filosofía del Derecho adecuada a unas circunstancias históricas que desaparecieron hace siglos, y que no se van a repetir. Si hubiera que arriesgar un pronóstico, supongo que antes o después se elaborará una teoría que, sin ser fruto de un mero sincretismo, supondrá una correción del positivismo jurídico capaz de recoger las aportaciones de valor permanente de la tradición yusnaturalista.

M.A.R.: *A lo largo de estos cuarenta años mucho ha cambiado entre nosotros. ¿Cuáles son en su opinión los cambios más importantes que se han producido en la filosofía del Derecho ?*

J.D.P.: Puestos a hablar de cambios, hay uno de gran magnitud que me parece que no debería dejar de mencionar. Me refiero al número de profesores de filosofía del Derecho. Hasta la primera mitad de los años setenta, aproximadamente, éramos unos quince catedráticos y, quizá, el doble entre profesores adjuntos y los primeros profesores agregados. Nos conocíamos todos. Si uno no se desentendía, podía estar perfectamente al tanto de la trayectoria de los demás; y las nuevas publicaciones podían ser conocidas casi de inmediato. Hoy entre catedráticos y profesores titulares debemos sumar varios cientos, con lo que ni nos conocemos todos personalmente, ni es posible tener noticia, sin notable retraso en muchas ocasiones, de cuanto se hace y se publica.

Respecto de las direcciones de pensamiento, la división y oposición entre yusnaturalistas y positivistas (o tal vez mejor, antiyusnaturalistas), de los años sesenta se fué diluyendo en las décadas posteriores hasta casi desaparecer. Si hubiera que hacer un recuento, creo que ahora son más los que siguen considerándose positivistas y escriben defendiendo esa corriente de pensamiento, que los defensores del yusnaturalismo, al menos de la concepción tradicional del mismo. Podría hablarse de un debilitamiento de esa corriente doctrinal. Pero a mí me parece que es mucho mayor el número de aquéllos que no se sitúan, inicialmente y sin distinciones, en una u otra posición.

Probablemente el cambio más llamativo en la orientación del pensamiento entre nosotros ha sido el imparable ascenso del enfoque analítico. Más o menos a comienzos de los setenta penetró en nuestro país la confrontación que se había dado en Alemania entre "analíticos" y "dialécticos". Aunque esa polémica se manifestó principalmente en otras disciplinas cercanas, también tuvo su repercusión en la filosofía del Derecho. Inicialmente y durante un tiempo tal vez fueran más y más notorios los autores que podían incluirse en la orientación dialéctica, tomada en sentido amplio, que abarcaría desde quienes intentaron reconstruir una teoría marxista del Derecho y del Estado, a aquellos que únicamente adoptaron algunas ideas o enfoques de inspiración marxista, o los que propugnaron en España el "uso alternativo del Derecho". Sin embargo, la evolución posterior ha traído consigo la difusión y el dominio casi indiscutido del enfoque analítico. Esta evolución se corresponde con la que ha tenido lugar en otros paises. Y es que, por lo que se refiere a las corrientes de pensamiento dominantes, la filosofía jurídica española ha dejado de ser un caso aparte para equipararse con la que se cultiva fuera de nuestras fronteras.

También en cuanto a los temas estudiados se han producido cambios significativos a lo largo de estos cuarenta años. En algunos de los temas que han sido objeto de atención y de estudio en todas las etapas se han registrado cambios sustanciales en cuanto al enfoque y en cuanto a la doctrina

defendida. Otros temas que habían sido poco estudiados en etapa anteriores, más o menos durante el regimen franquista, han experimentado un notable desarrollo en las últimas décadas. Permítame una alusión a esos cambios, organizándola esquemáticamente en los tres grandes bloques temáticos convencionales: teoría de la justicia, teoría del derecho, y metodología y teoría de la argumentación.

Uno primero es el correspondiente a la teoría de la justicia y, como parte de ella, a la doctrina sobre los derechos humanos. En realidad esa temática nunca dejó de ser objeto de estudio, y sobre ella se publicaron trabajos más o menos importantes en todos los momentos a lo largo de estos cuarenta años. Pero la orientación de la doctrina experimentó un cambio completo. En los años cuarenta, cincuenta y todavía durante los sesenta los estudios sobre la justicia adoptaron de forma casi unánime el enfoque propio del yusnaturalismo neoescolástico; y, de forma coherente, se desarrolló un doctrina sobre los "derechos naturales" de orientación premoderna y restrictiva. Sin embargo, desde finales de los sesenta fue imponiéndose progresivamente un enfoque más acorde con los tiempos, integrando las investigaciones sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales en el marco más amplio de una filosofía política democrática. Me gustaría añadir, a modo de apostilla, que los muchos y buenos estudios que se han producido entre nosotros sobre derechos humanos han mostrado un cierto desconcierto a propósito de la cuestión, típicamente filosófico-jurídica, de la fundamentación de los mismos, cuya causa creo que no es difícil identificar. Parece claro que el fundamento de los derechos debe encontrarse en ciertas normas que pretenden ser objetivamente válidas, más precisamente, en ciertos principios de justicia relativos a la organización básica de la comunidad política. La formulación y justificación de tales principios es tarea propia de una teoría de la justicia. Ahora bien, excluídas las teorías sobre la justicia de inspiración yusnaturalista, no se disponía de otras doctrinas suficientemente articuladas, en las que apoyarse. La renovación radical de la teoría de la justicia se ha producido gracias a la obra de J. Rawls. Pero, aunque su pensamiento ha tenido una importante difusión entre nosostros, y ha sido objeto de comentarios y discusiones, creo que no ha sido todavía suficientemente explotado como punto de partida para una teoría de los derechos humanos. En todo caso, creo que el lugar de la teoría de los derechos humanos en una teorìa de la justicia sigue siendo impreciso entre nosotros.

Un conjunto de temas que no recibió demasiada atención hasta no hace muchos años es el de aquellos que suelen incluirse en una teoría del derecho en sentido estricto: la teoría de la norma jurídica, el análisis de los distintos tipos de normas, la naturaleza y estructura del sistema jurídico y los distintos problemas implicados en ella, etc. Hasta cierto punto es explicable que

se prestara poca atención a estos temas, que constituían la temática más específica de la teorías positivistas. No es que no se escribiera nada sobre ellos. Algo se hizo. Pero fundamentalmente fueron los civilistas los que se ocuparon de algunos de dichos temas. Después, sin embargo, la teoría del derecho ha experimentado un amplísimo desarrollo entre nosotros, y se han producido muchas aportaciones, algunas de extraordinario valor.

Algo parecido creo que puede decirse a propósito del bloque temático que comprende las cuestiones relativas a la metodología y la argumentación jurídica en general. En un primer período encontramos pocos estudios sobre estas cuestiones, aunque no puede ignorarse algún trabajo innovador, como el de Recaséns en los años cincuenta sobre la interpretación. En las últimas décadas, por el contrario, abundan las investigaciones centradas en esta temática, y varias de ellas son muy valiosas.

M.A.R.: *A veces tendemos a pensar que el pensamiento filosófico avanza obedeciendo a impulsos endógenos. Y seguramente en parte eso es verdad. Pero es indudable que la historia social y política tiene una influencia decisiva en la marcha del pensamiento. ¿Cómo cree usted que el final del franquismo y la instauración de un Estado constitucional democrático ha afectado a la filosofía del Derecho en nuestro pais?*

J.D.P.: Yo creo que el pensamiento filosófico avanza y evoluciona como consecuencia de la influencia combinada de ambos factores: la propia dinámica interna del pensamiento filosófico y, no lo olvidemos, del científico; y, por otro lado, las transformaciones en la estructura social y la organización política. Sólo de tarde en tarde, por obra de algún pensador excepcional o debido a un cambio político social profundo y brusco —pienso, por ejemplo, en la revolución francesa—, uno solo de ambos factores determina un viraje en la marcha de la filosfía.

En mi opinión el final del franquismo no trajo consigo novedades radicales en la marcha de la filosofía del Derecho. Como en otras facetas de nuestra vida social y cultural, lo que hizo fué potenciar y acelerar el desarrollo de tendencias que ya existían, y que contribuyeron a que la filosofía jurídica española acabara equiparándose a la que se cultivaba en otros paises.

Algo parecido pude decirse respecto de la influencia ejercida por la instauración y la experiencia del funcionamiento del Estado constitucional democrático. Por un lado, potenció el desarrollo de la nueva orientación que ya se venía imponiendo desde algunos años atrás en las investigaciones sobre derechos humanos y derechos fundamentales. Por otro, ha dado lugar a una jurisprudencia en la que juegan un importante papel explícito los principios y valores fundamentales, y eso ha impulsado a la doctrina a discutir algunas de las tesis propias de un positivismo jurídico estricto, cosa que ya venía ocurriendo en otros paises como Italia y Alemania.

M.A.R.: *Recuerdo muy bien uno de los consejos que usted me dio en una de las primeras conversaciones que tuvimos, cuando yo empezaba a estudiar filosofía del Derecho: "estudie alemán". Y en ese momento ese era un consejo muy sensato. Hoy, sin embargo, parece que más bien hay que aconsejar estudiar inglés, porque el peso de la filosofía del Derecho escrita en inglés es abrumador; incluso la filosofía del Derecho alemana ha terminado siendo en cierta medida tributaria de la angloamericana. ¿Pero no cree que en la actualidad la filosofía del Derecho escrita en español se mueve en un nivel que resiste la comparación con la que se realiza en otros paises? ¿Cómo ve el presente de la filosofía del Derecho española?*

J.D.P.: Me imagino que que ese consejo iría acompañado de otro que le emplazaría a "estudiar a los clásicos". Lo digo porque se trata de dos recomendaciones que era costumbre formular a quienes decidían dedicarse a la filosofía del Derecho. Aunque los tiempos han cambiado, creo que siguen siendo consejos válidos.

Pero es verdad que precisamente por el cambio de los tiempos hoy el consejo tendría que ser, ante todo, el de que hay que dominar el inglés. Porque la primacía de la filosofía jurídica anglosajona es innegable. Pero no sólo en el campo de la filosofía del Derecho, sino también en el de la filosofía moral y la filosofía política. Y no podría ser de otro modo; pues no parece posible un desarrollo floreciente y duradero de la filosofía jurídica sino como consecuencia de los estímulos recíprocos entre las distintas parcelas de la filosofía práctica y, en suma, de la filosofía en general. No se trata ahora de indagar las causas de esa primacía, sino simplemente de constatar el hecho y de atenerse a él.

En cuanto a la filosofía del Derecho alemana, ciertamente, desde hace unas décadas se encuentra en un proceso de cierto decaimiento. Lo reconocen los propios filósofos del Derecho alemanes. Sería interesante extenderse sobre las razones que pueden explicar ese proceso, pero no parece el momento oportuno. Decir que la actual filosofía jurídica alemana es tributaria de la anglosajona creo que sólo es verdad a medias. Lo que sí es cierto es que en este momento no se entiende la obra de los autores alemanes más relevantes, sino poniéndola en relación con la de determinados autores ingleses y norteamericanos e, incluso, de otros países; es decir, viéndola como fruto de un debate que traspasa las fronteras. Porque un hecho importante que marca la especulación filosófica desde hace unas décadas es que han caído las barreras que mantenían relativamente incomunicadas las diversas "tradiciones" filosóficas nacionales. Lo que caracteriza a nuestro momento histórico es que se ha producido la universalización inmediata del debate filosófico. Y eso es algo que me parece sensato y positivo. Si el saber científico es uno, universal, y no tendría sentido el mantenimiento de tradiciones científicas nacionales

relativamente independientes, creo que análogamente la reflexión filosófica debe desenvolverse en un ámbito de comunicación universal. Lo que no será obstáculo para que cada ámbito lingüístico mantenga un estilo propio y se constituya en el terreno más inmediato de intercambio y de debate.

En este contexto es en el que hay que situar y valorar la actual filosofía del Derecho española. Yo creo que, en efecto, resiste perfectamente la comparación con la de otros países. Los temas que se tratan son fundamentalmente los mismos que se debaten en otras partes, y el número y la calidad de las publicaciones no es menor que el de cualquier otro país. Si nos fijamos únicamente en las contribuciones de más alto valor, aquéllas que van abriendo el camino en las distintas materias sometidas a discusión, también hay que contar entre ellas varias escritas en español. Digo escritas en español, acogiéndome al tenor literal de su pregunta, lo que nos permite tener en cuenta los trabajos de nuestros colegas iberoamericanos. Varios trabajos de unos cuantos de estos colegas, algunos fallecidos no hace mucho, y otros tantos de autores españoles poseen la calidad suficiente para situarse en esa vanguardia del debate filosófico-jurídico internacional. Y si algunos no han obtenido aún la difusión merecida, se debe a la persistencia de las barreras idiomáticas. Claro que se trata de los trabajos de una escasa minoría, si tenemos en cuenta la totalidad de los dedicados al cultivo de la filosofía del Derecho. Pero esa proporción es parecida a la que se da en cualquier otro ámbito lingüístico.

En resumen, creo que el presente de nuestra filosofía del Derecho es muy bueno, y que habría que pensar en qué medidas tomar para que mejore, o al menos no decaiga, en el futuro. Entre ellas hay una que me viene a la mente, sugerida por lo que he dicho hace un momento: que se debe mantener e intensificar el contacto permanente con nuestros colegas iberoamericanos.

M.A.R.: *Tras cuarenta largos años profesando la filosofía del Derecho, ¿que consejos daría a los más jóvenes, a los que están iniciándose?*

J.D.P.: Supongo que se refiere a aquéllos que aspiran a algo más que a ser profesores de filosofía del Derecho: que aspiran más bien a dominar la disciplina en su estado presente; no digo a hacerla avanzar, pues si lo anterior es ya muy difícil, esto último está reservado a unos pocos.

La verdad es que resulta difícil dar consejos útiles. Los que se me ocurren se traducen en orientaciones que no parece fácil compatibilizar. Recordando lo que he dicho antes, me parece evidente que es necesario dominar varios idiomas, pues hay que estar al corriente de lo que se publica en diversos países sin tener que depender necesariamente de las traducciones que, como desgraciadamente hemos podido comprobar últimamente, pueden llegar a ser muy deficientes. Sin embargo, también creo que hay que prestar más atención a las publicaciones en español, pues ahí esta nuestro ámbito inmediato de desarrollo y de debate.

Es aconsejable estudiar a los clásicos, pues los más importantes problemas filosóficos y, por tanto, filosófico-jurídicos, persisten a traves de las épocas, y ellos los trataron con insólita profundidad y, en bastantes ocasiones, también con sencillez. Pero, por otro lado, es preciso "estar al dia" permanentemente; no puede uno vivir de las rentas e ignorar los avances de los últimos años. Ahora bien, ¿se pueden conseguir ambas cosas, dado el enorme volumen de lo que se publica últimamente? Parece muy difícil. Por eso es inevitable una selección drástica de la literatura que se produce a diario; y para ello tal vez sea conveniente el trabajo en equipo —algo para lo que en general creo que no estamos preparados. Una regla que puede ser útil es la de que a los autores importantes hay que leerlos directamente y no a través de exposiciones y comentarios de segunda mano; lo que no impide que en ocasiones un comentario pueda ser muy iluminador.

Estoy convencido de que no se puede hacer buena filosofía del Derecho sin estar al corriente de la situación en que se encuentran otras ramas de la filosofía, en especial la filosofía moral y la filosofía política, cuyos problemas se entrelazan con los de nuestra disciplina. La orientación de algunas cuestiones filosófico-jurídicas importantes depende de la posición que se adopte a propósito de problemas filosófico-morales como, por ejemplo, el relativo a la validez, o no validez, objetiva de los juicios morales. Por eso creo que tenía mucho sentido la existencia de un área de conocimiento que abarcara la filosofía jurídica, la moral y la política. Ahora bien, estar al corriente de la situación en esas otras parcelas de la filosofía requiere tiempo. ¿Es compatible con el dominio de la literatura más estrictamente filosófico-jurídica? En cualquier caso constituye una empresa verdaderamente muy difícil.

Se me ocurre una última recomendación que hacer a quien se inicia en nuestra disciplina, que es coherente con lo que he dicho antes y de la que hemos hablado en otras ocasiones. Se podría formular del siguiente modo: que, en la medida en que se lo permita el sistema de promoción del profesorado, no publique demasiado.

M.A.R.: *Prof. Delgado Pinto, felicidades por su próxima jubilación, y muchísimas gracias por sus palabras.*